

محمد علي التتويحي

مِصْبَاةُ الْفُقَهَاءِ فِي الْمَعَالِمِ

من تقرير بحث أستاذنا الأعظم آية ... العظمى

السيد بالقاسم الخوني

دام ظله العالی

المجلد الثاني

Princeton University Library



32101 061871149

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

--	--

مصباح الفقهاء في المعاملات

من تقرير بحث الاستاذ الأكرم آية... العظمى

السيد بالقاسم الخوني

دامت إفاضاته

الجزء الثاني

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

(Arab)

KBL

T 383

1980

Ju 21 2

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(RECAP)

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين
واللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين وبعد فمن متن المولى جل شأنه على أن
رجال العلماء وأفاضل يعمون بمفهوم ما التقى اليهم في محاضراتي تقريراً وتحريراً أحصاهم عليها قائمة
على المعارف والعلوم الدينية وما من في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المذهب الصفي والعلامة
المحقق الزكي ركن الإسلام قره عيني العزيز الميرزا محمد علي التبريزي فإنه دام فضله
قد اتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحريرها في تفهيمها في الفنون المتنوعة من الفقه
والتفسير والأصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل والسخ
من العلماء العظام والأجلة الأعلام ولقد سرحت بصري في ما علقه على كتاب المكاتب
شيخ مشايخنا العظام أستاذ الفقهاء والمجتهدين الرئيس المجدد آية الله العظمى
مرتضى الأنصاري قدس الله تعالى أسرارها فأعجبني غوره في التحقيق والتدقيق وبه
إطلاعاً على مصادر الروايات ومواردها وما كتبه دام فضله وبأيديه وألف
وكاف بتوضيح ما حققناه فليمد الله وليشكره على ما أنعم به علينا وأسما
من نبياء الله وأصح علمه والحمد لله أولاً وآخراً
أبراهيم البربري الخوني

في ١٣ رجب المرجب ١٣٤٤ هـ



الطبعة الاولى مطبعة الحيدرية النجف

الطبعة الثانية مطبعة سيد الشهداء - قم - المقدسة

العدد ٢٠٠٠ نسخة

ناشر الطبعة الثانية مهدي حاجياني

حق الطبع محفوظة للناشر



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المعاملات ومكرو البحث عن مفيقتها

لا شبهة في ان الانسان مدني بالطبع لا يمكنه الاستقلال بجوانبه كلها .
 واذن فيتوقف حفظ نظام النوع ، وصيانة كميانه على الاجتماع وتشريع المبادلة بين
 الأموال ، بداهة أنه لو لم يشرع ذلك لاحتاج كل واحد في حاجاته إلى التقالب ،
 والتكالب ، والمقاورة ، كما هو الحال في سائر الحيوانات ، وعليه فلا بد في حفظ
 النظام من تشريع المعاملات . وعلى هذا الضوء فلا مناص من معرفة أحكام المعاملات
 وتنقيح قواعدها وتبويب أبوابها . وبما أن اشتغال جميع أفراد المكلفين بذلك
 يوجب اختلال النظام . وجب التصدي لها عليهم كفاية .

المال ومفيقتها

ما هو حقيقة المال؟ وما هو الفارق بينه وبين الملك؟ المال في اللغة (١)
 ماملسك الانسان من الأشياء ، وفي العرف أن المالية إنما تنزع من الشيء بملاحظة
 كونه في حد ذاته مما يميل إليه النوع ، ويدخرونه للانتفاع به وقت الحاجة ،

(١) في اقرب الموارد : المال ماملكته من جميع الاشياء . وعند أهل
 البادية : النعم ، يذكر ويؤت ، يقال : هو المال ، وهي المال . ج أموال . والمال
 عند الفقهاء ما يجري فيه البذل والمنع ، فيخرج الرماد ، والتراب ، والميتة التي ماتت
 جتفأ أنفها .

ويتنافسون فيه ، ويبذلون بازائه شيئاً مما يرغب فيه من النقود وغيرها ، ضرورة أن مناً من الحنطة ليس كالمـن من التراب ، فإن الأول يتزعم منه عنوان المـالية دون الثاني .

وأما عند الشرع فـالية كل شيء ، باعتبار وجود المنافع المحملة فيه ، فـمديم المنفعة المحملة (كالحـمـر والخـزير) ليس بمال .

ثم إن النسبة بين المال والمـلك هي العموم من وجه ، بـديهـة أنه قد يوجد المـلك ولا يوجد المال ، كالحـبة من الحنطة المملوكة ، فإنها مـلك وليست بمال ، وقد يتحقق المال ، ولا يتحقق المـلك . كالمباحات الأصلية قبل حيازتها ، فإنها أموال ، وليست بمال . وقد يجتمعان ، وهو كثير .

ثم إنه لاوجه لتخصيص المال بالأعيان ، كما يظهر من الطريحي في مجمع البحرين (١) بل المال في اللغة والعرف يعم المنافع أيضاً ، ولعل غرضه من التخصيص هو بيان الفرد الغالب .

الإضافة الحاصلة بين المال ومالكه

وحقيقة هذه الإضافة وأقسامها

ماهو حقيقة الإضافة بين المال ومالكه ؟ لايب في أن الإضافة الموجودة بين المال ومالكه المسماة بالإضافة المـلكية على أقسام ، لأنها في الواقع ونفس الأمر إما إضافة ذاتية تكوينية ، أو إضافة عرضية حاصلة بالامور الخارجية . أما الأولى فـكالإضافات الكائنة بين الأشخاص ، وأعمالهم ، وأنفسهم ، وذمهم ، فإن أعمال كل شخص ، ونفسه ، وذمته مملوكة له ملكية ذاتية ،

(١) قال : المال في الأصل : المـلك من الذهب والفضة . ثم اطلق على كل مايقتنى ويشتمك من الأعيان ، وأكثر ما يطلق عند العرب على الابل ، لأنها كانت أكثر أموالهم .

وهو واجد لها فوق مرتبة الوجدانية الاعتبارية ، ودون مرتبة الوجدانية الحقيقية التي هي لله جل وعلا .

والمراد من الذاتي هنا ما لا يحتاج تحققه الى أمر خارجي تكويني ، أو اعتباري ، وليس المراد به الذاتي في باب البرهان : أي ما يمتزج من مقام الذات ، ولا الذاتي في باب الكليات الخمس : أعني به الجنس ، والفصل . وهذا واضح لا ريب فيه .

والمراد من الملكية الذاتية ليس إلا سلطنة الشخص على التصرف في نفسه ، وشؤونها ، بداهة أن الوجدان ، والضرورة ، والسيرة العقلية كلها حاكمة بأن كل أحد مسلط على عمله ، ونفسه ، وما في ذمته : بأن يؤثر نفسه لغيره ، أو يبيع ما في ذمته ، ومن البين الذي لا ستار عليه : أن الشارع المقدس قد أمضى هذه السلطنة ، ولم يمنع الناس عن التصرفات الراجعة الى أنفسهم .

وليس المراد من الملكية هنا : الملكية الاعتبارية ، لكي يتوهم أن عمل الانسان ، أو نفسه ليس مملوكاً له بالملكية الاعتبارية .

ومن هنا يتجلى لك : أنه لاشبهة في صدق المال على عمل الحر . وعليه فاستيفاؤه قهراً عليه موجب للضمان جزماً . وكذلك الحال في ضمان نفسه . غاية الأمر أن الشارع المقدس قد سلك في ضمان النفس المحترمة ، وما يرجع اليها من الأعضاء والأطراف غير ما سلكه في ضمان الأموال ، وجعل في ذلك حداً خاصاً ودية مخصوصة .

وأما الثانية (أعني بها الإضافة العرضية) فهي إما أن تكون إضافة أولية وإما أن تكون إضافة ثانوية والأولية إما أصلية استقلالية ، أو تبعية غيرية .

فالأولية الأصلية ، كالإضافة المالية الحاصلة بالعمل ، أو بالحيازة ، أو بهما معاً ، فالأول كالأعمال التي يعملها الانسان فيحصل منها المال ، كحيازة المباحات ، بناء على عدم اعتبار قصد التملك فيها ، كما هو الحق ، وأما بناء على اعتبار القصد في ذلك فحصول الملكية فيها يحتاج إلى العمل القلبي .

وقد حكم العقلاء بمحصول المالية بمجرد الحيازة . بل اشتهر بين الفقهاء مرسله
أن (من حاز ملك (١) .

وقد روى عن النبي ص من طرق العامة (٢) ومن طرق الخاصة (٣) أن (من
سبق إلى مالم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به) ولكنه ضعيف السند ، وغير
منجبر بشيء .

والمهم في المقام هو بناء العقلاء ، فانه قائم على حصول الاضافة المالكية بين
المحيز ، والمحاز .

والثالث : كمن يحوز أشجاراً ، فيجعلها سريراً ، أو يحوز تراباً ، فيجعله
كوزاً ، أو يحوز نباتاً ، فيجعله ثوباً أو حصيراً ، أو غيرها ، فان الصورة السريرية ،
والكوزية ، والثوبية والحصيرية توجب تحقق إضافة مالية اخرى في تلك الموارد
وراء المالية المتقومة بها ، فتلك المالية القائمة بها إنما حصلت من العمل والحيازة معاً .
ثم إن الوجه في إطلاق الاول على هذه الاضافة هو أنه لم تسبق إضافة ذلك
المال الى غيره . والوجه في إطلاق الأصلية عليها إنما هو بلحاظ عدم تبعيتها لغيرها .
وأما الاضافة الأولية التبعية فهي ما تكون بين المالك ، وبين نتاج أمواله ،

(١) لم نجده في اصول الحديث من كتب الخاصة والعامة ، ونحتمل قريباً أنه قاعدة
فقهاء متصيدة من الروايات الواردة في الأبواب المختلفة ، والفصول المتفرقة ، كاحياء
الموات ، والتحجير وغيرها ، كبنية القواعد الفقهية المضروبة لبيان الأحكام الجزئية .

(٢) عن ابن مضر قال : أتيت النبي ص فبايعته فقال : من سبق إلى مالم
يسبقه اليه مسلم فهو له قال : فخرج الناس يتعادون ، يتخاطون . سنن البيهقي
ج ٦ ص ١٤٢ .

(٣) قال النبي ص : من سبق إلى مالم يسبقه اليه مسلم فهو أحق به . راجع
مبسوط الشيخ الطوسي أول كتاب إحياء الموات . ومستدرک الوسائل ج ٣ باب ١
من أبواب إحياء الموات ص ١٤٩ .

فإن هذا النتاج يضاف إلى مالك الأصول إضافة أولية تمعية . أما إطلاق التبعية فليكونها ثابتة لما تحصل منه . وأما إطلاق الأولية فلعدم سبق إضافة أخرى إليها .
وأما الإضافة الثانوية فالمراد بها ما قبل الإضافة الأولية وإن طرأت على الأموال مراراً عديدة ، نظير المعقولات الثانوية من جهة مقابلتها للمعقولات الأولية .

وهي على قسمين : لأنّها تارة تكون قهرية ، وأخرى اختيارية .
أما الأولى فكلاضافة التي تحصل بسبب الإرث ، أو الوقف ، أو الوصية بناء على كونها : (أي الوصية) من الايقاعات ، وقد اخترناه في محله . ووجه كونها قهرية هو حصول الملكية للوارث ، والموقوف عليه . والموصى له بالقهر ، لا بالفعل الاختياري .

وأما الثانية فكلاضافة الحاصلة من المعاملات . ومن ذلك ما يحصل بالبيع التي نحن في صدد بحثها .
ولا يخفى على الفطن العارف أن ما ذكرناه من أقسام الإضافات المالكية من الأمور البديهية التي قياساتها معها .

التمه ووجه اختصاصه بالنقود

قوله : (البيع وهو في الأصل كما في المصباح (١) مبادلة مال بمال) . أقول قد كان دين الناس من لدن آدم ع أبي البشر إلى زمان خاص ، بل إلى زماننا هذا في بعض النقاط والأصقاع (كالقرى وأشباهاها) قد كان دينهم على تبديل المتاع

(١) البيع من الأضداد ، مثل الشراء ، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ، لكن إذا أطلق البائع فالتبادر إلى الذهن باذل السلعة ويطلق البيع على المبيع ، فيقال : يبيع جيد — إلى أن قال — : والأصل في البيع مبادلة مال بمال ، لقولهم : يبيع راجح ، ويبيع خاسر . وذلك حقيقة في وصف الأعيان ، لكنه أطلق على المقعد مجازاً ، لأنه سبب التملك والتملك .

بالمتاع عند المعاملة والمعاوضة ، وكان ذلك من الامور الصعبة جداً ، خصوصاً في تعيين الأروش وقيم المتفادات . ولهذا بنى العقلاء على تخصيص التمن بالتقود ، وتخصيص التمن بالامتعة . وإلا فانه لا محذور قطعاً في صحة تحقق المبادلة بين المتاعين عند المعاملة والمعاوضة . وعليه فقد تقع المبادلة بين المتاعين ، وقد تقع بين التقدين ، وقد تقع بين عرض ونقد .

ثم إنه هل يشمل مفهوم البيع لجميع هذه الأقسام المذكورة ، أم هو مختص ببعض دون بعض ؟ لاشبهة في أن مفهوم البيع في الجملة من المفاهيم الواضحة البديهية الارتكازية — التي يعرفها كل احد — كمفاهيم سائر العقود والايقاعات ، إلا أنه لا يوجد مفهوم في العالم إلا ويعرضه الاشتباه في بعض مصاديقه . ومن هنا ذكر المصنف (ره) في أول كتاب الطهارة : أن مفهوم الماء المطلق من أوضح المفاهيم العرفية . ومع ذلك ذكر : أنه قد يقع للشك في صدقه على بعض الموارد ، لعدم ضبط المفهوم تحقيقاً فيرجع الى الاصول العملية . وعلى هذا الضوء فلا بد من بيان حقيقة البيع على وجه يمتاز عن جميع ما عداه لكي ترتب عليه أحكامه الخاصة من شرائط المتعاقدين ، وشرائط العوضين والخيارات وغيرها .

وتحقيق ذلك : ان مفهوم البيع لا يساوق مفهوم المبادلة بين شيئين ، بل يطلق البيع على قسم خاص من المبادلة . وضابطه : ان امتياز البيع عن بقية اقسام المبادلة بأحد وجهين :

الوجه الأول : أن يكون أحد العوضين متاعاً ، والعوض الآخر نقداً . فالذي يعطي المتاع يسمى بايماً ، والذي يعطي النقد يسمى مشترياً . سواء أكان نظر كل من المتعاملين في مبادلتهم هذه الى تحصيل الربح ، وحفظ مالته ماله معاً ، أم كان نظر كل منهما الى رفع حاجته فقط ، كأن يشتري الماء كولات للاكل ، ويشترى المشروبات للشرب ، ويشترى اللبوسات لللبس ، وهكذا . أم كان نظر أحدهما الى حفظ مالته ماله وتحصيل الربح معاً ، ونظر الآخر الى دفع الضرورة والاحتياج فقط .

الوجه الثاني : أن يكون كلا العوضين نقداً أو من العرض ، ولكن كان نظراً

أحد المتعاملين من المبادلة إلى حفظ مالية ماله في ضمن أي متاع كان ، مع تحصيل الربح - كأهل التجارة - ونظر الآخر إلى رفع حاجته فقط ، فالأول يسمى بائعاً ، والثاني يسمى مشترياً . وعلى هذا النهج يكون الملحوظ فيما يطميه المشتري هو المالية الخالصة ، لكي يكون ذلك قائماً مقام النقود ، ويعنون بعنوان التمنية .

ولا ريب في أن هذا المعنى هو المتبادر من مفهوم البيع عند أهل العرف . بل هو أمر ارتكازي في ذهن كل بشر من أهل أية لغة كان . ويعرف ذلك كل منهم ولو من غير العارف باللغة العربية ، بديهية أن الغرض الأقصى والغاية القصوى إنما هو معرفة مفهوم البيع ، لالفظه ، ومادته . لكي يختص البحث بلفظ دون لفظ .

وإذا كان كلا العوضين عرضاً ، أو نقداً ، وكان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح ، والمنافع ، مع حفظ مالية ماله في ضمن أي متاع كان ، أو كان نظر كليهما إلى رفع الاحتياج ، ودفع الضرورة فقط . وإذا كان كذلك فإن ذلك لا يسمى بيعاً جزماً . بل هو معاملة خاصة ويدل على صحة ذلك عموم آية التجارة عن تراض (١) . نعم يظهر من بعض كتب العامة (٢) جواز إطلاق البيع على مطلق المبادلة ، والمعاوضة ، ولكن قد عرفت قريباً أن هذا الإطلاق على خلاف المرتكزات العرفية .

(١) يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . النساء ٤ : ٣٣ .

(٢) في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٤٨ عن الحنفية : أن من أقسام البيع مبادلة سلعة بسلعة . ويسمونها مقايضة .

وفي ص ١٥٢ عن المالكية : أن من أقسام البيع بيع العرض بالعرض . وعن الحنابلة : أن مفهوم البيع يشمل المقايضة ، وهي مبادلة سلعة بسلعة .

وفي ص ١٥٤ عن الشافعية : الثامن من أقسام البيع : بيع الحيوان بالحيوان ويسميه غيرهم مقايضة ، وهو صحيح .

وعلى هذا الضوء فإذا أراد أحد تبديل كتابه بكتاب شخص آخر ، أو تبديل ثوبه بثوب غيره لمجرد دفع الاحتياج فانه لا يتوهم أحد أن أياً منها باع كتابه بكتاب غيره ، أو باع ثوبه بثوب غيره . كما أنه لا يتوهم أحد أيضاً أن باذل النقد هو البائع ، وباذل العرض هو المشتري . ومن هنا ذكر الفيومي في المصباح : أنه (إذا أطلق البائع فالمبتاع الى الدهن باذل السلعة) .

وأما ما ذكره في المصباح من أن (الأصل في البيع مبادلة مال بمال) فهو وإن كان شاملاً لجميع أقسام المبادلة ، ولكنه ليس تعريفاً حقيقياً ، لقضاء الضرورة بأن البيع ليس هو مطلق المبادلة بين شيئين ، بل هو تعريف لفظي ، وتبديل لفظ بلفظ آخر أوضح منه ، كقول أهل اللغة : السعدان نبت . وكذلك الحال فيما ذكره بعض العامة من أن البيع في اللغة مقابلة شيء بشيء .

ثم إنه يمكن أن يراد من لفظة الأصل في تعريف المصباح ما كان هو المتعارف في الأيام السالفة من كون البيع عبارة عن مطلق المبادلة بين الأموال ، بديهية أنه لو كان غرض الفيومي من هذه الكلمة هو اللغة لوجب عليه أن يصدر كلامه بلفظة الأصل عند شرح كل مادة ترد عليه . وقد وقع التصريح بما ذكرناه في لسان العرب . ومجمع البحرين : في مادة المال وذكرنا أن المال في الأصل الملك من الذهب ، والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويتملك من الأعيان .

البيع واختصاصه بالأعيان

هل يجوز أن يكون المبيع من المنافع أم لا بد وأن يكون من الأعيان ؟

الظاهر أنه لا ريب في اشتراط كونه من الأعيان ، بداهة اختصاص مفهوم البيع عند أهل العرف بتملك الأعيان ، فلا يعم تملك المنافع وإذن فتختص الأدلة الواردة في إمضاء البيع بنقل الأعيان . وتبعد عن تملك المنافع رأساً .

نعم يظهر من المحكي عن المالكية والحنابلة (١) جواز إطلاق البيع على تملك المنافع . ولكنه على خلاف المرتكزات العرفية .

ومع الاغضاء عما ذكرناه ان مجرد الشك في صدق مفهوم البيع على تملك المنافع يكفينا في المنع عن شمول أدلة إمضاء البيع له .

وحينئذ فدعوى أن المتبادر من مفهوم البيع تملك العين فقط ، وأن هذا المفهوم يصح سلبه عن تملك المنفعة دعوى صحيحة . ولا ريب في أن التبادر وصحة

السلب من علام الحقيقة . وعليه فيكون البيع حقيقة في تملك العين ومجازاً في غيره . وإذا ثبتت هذه الدعوى في العصر الحاضر ثبتت في محاورات أبناء الأزمنة

السالفة أيضاً باصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقري وقد ذكرنا في مبحث الاستصحاب من علم الاصول ، أنه لا دليل على حجية هذا الاستصحاب إلا في مورد

واحد ، وهو أن يكون المتبادر الفعلي من اللفظ معنى خاصاً ، وشك في كونه كذلك في العهود البائدة ، والأيام السالفة ، فان الاستصحاب القهقري يقتضي بقاء اللفظ على

معناه الأولي ، وعدم انتقاله منه إلى معنى آخر يغاثره .

والدليل على حجية الاستصحاب المزبور في هذا المورد إنما هو بناء العقلاء ،

وسيرة العلماء ، ودين الفقهاء ، لأنه لولا ذلك لانسد عليهم باب الاجتهاد ، وطريق

الاستنباط ، إذ من المحتمل القريب أن تكون الروايات في عرف الأئمة عليهم السلام

ظاهرة في معاني مغايرة لما هي ظاهرة فيه فعلاً . ومن البين الذي لا ريب فيه أنه

لا سبيل إلى دفع هذا الاحتمال إلا الاستصحاب المذكور .

(١) في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١١١ عن المالكية : أنه يصح

إطلاق البيع على نقل المنافع .

وفي ص ١٥٢ عن الحنابلة أن معنى البيع في الشرع مبادلة مال بمال ، أو

مبادلة منفعة بمباحة بمنفعة بمباحة على التأيد .

ويؤيد ما ذكرناه من اختصاص المبيع بالأعيان أمران :

الأول : ما استقرت عليه آراء الفقهاء من تخصيص المعوض — في البيع —

بالأعيان ،

الثاني : ما ذكره بعض العامة (١) من أن البيع في اللغة إخراج ذات عن الملك

بمعوض . فتمليك المنفعة بالاجارة لا يسمى بيعاً . قيل :

إن ما ذكره الفيومي في المصباح من أن البيع في الأصل مبادلة مال بمال يشمل

نقل المنافع ، كشموله لنقل الأعيان ، وعليه فلا وجه لتخصيص مفهوم البيع بتمليك

الأعيان . والجواب عن ذلك :

أنك قد عرفت قريباً أن هذا التعريف ليس بتعريف حقيقي لكي يلزم الأخذ

باطلاقه ، والحكم بشمول مفهوم البيع لتمليك العين والمنفعة . بل هو تعريف لفظي مبني

على المسامحة والمساهلة .

وبما أوضحناه ظهر لك الفارق بين البيع والاجارة : وهو أن صيغة الاجارة

وإن كانت تتعلق بالعين المستأجرة . كقولك : آجرتك المتاع الفلاني الخ إلا أن

أثرها تمليك المنفعة . وهذا بخلاف البيع ، فإن الأثر المترتب عليه إنما هو تمليك العين .

كما أن صيغته أيضاً تتعلق بالدين . وهذا المعنى هو السر فيما استظهره المصنف ره من

اختصاص المعوض — في البيع — بالأعيان وقال : (والظاهر اختصاص المعوض

بالعين ، وعليه استقر اصطلاح الفقهاء في البيع) .

والمتحصل من جميع ذلك : أن إطلاق كلمة البيع على تمليك المنافع مبني على

العناية ، والمجاز . وقد ورد هذا الاطلاق في كلمات الفقهاء . وفي الروايات العديدة

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ١٤٧ .

الواردة في مواضع شتى : منها الأخبار (١) الدالة على بيع خدمة المدبر . ومنها الرواية الواردة في بيع سكني الدار (٢) ومنها الأخبار الواردة في بيع الاراضي الخراجية

(١) المروية عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي ع قال : باع رسول الله ص خدمة المدبر ، ولم يبع رقبته . ضعيفة بالنوفلي

وعن أبي مریم عن أبي عبد الله ع قال : سئل عن الرجل يمتق جاريته عن دبر أبطأها ان شاء ، أو ينكحها ، أو يبيع خدمتها في حياته فقال : نعم أي ذلك شاء فعل . مجهولة بأبي مریم .

وعن علي بن أبي حمزة سالم البطائي قال : سألت أبا عبد الله ع عن رجل اعتق جارية له عن دبر في حياته ؟ قال : ان أراد بيعها باع خدمتها في حياته ، فإذا مات اعتقت الجارية ، وان ولدت أولاداً فهم بمنزلتها . ضعيفة بابن أبي حمزة . ومجهولة بقاسم بن محمد الجوهري . التهذيب ج ٢ ص ٣٢١ ، ٣٢٢ . والوافي ج ٦ ص ٨٩ . والوسائل ج ٣ باب ٣ من أبواب التدبير .

(٢) المروية عن إسحاق بن عمار عن عبد صالح قال : سألته عن رجل في يده دار ليست له ، ولم تزل في يده ، ولید آباءه من قبله ، قد أعلمه من مضى من آباءه أنها ليست لهم ، ولا يدرون لمن هي . فيبيعها ، ويأخذ ثمنها ؟ قال ما أحب أن يبيع ما ليس له . قلت : فانه ليس يعرف صاحبها ، ولا يدري لمن هي ، ولا أظنه يجيء لها رب أبداً ؟ قال : ما أحب أن يبيع ما ليس له . قلت : فيبيع سكنها ، أو مكانها في يده فيقول لصاحبه : أبيعك سكني ، وتكون في يدك كما هي في يدي ؟ قال : نعم يبيعها على هذا . موثقة بابن عمار وغيره . التهذيب ج ٢ ، باب الفرر والمجازفة ص ١٥٣ ، والوافي ج ١٠ ص ١٣٠ . والوسائل ج ٢ باب ١ من أبواب عقد البيع .

وشرائها (١) وقد ورد في جملة من الأحاديث (٢) إطلاق لفظ الشراء على غير نقل الأعيان .

وقد ظهر لك مما أسلفناه الفارق بين البيع ، والهبة المعوضة ، بداهة أن البيع - على ما عرفته آنفاً - عبارة عن تبادل عين بشيء آخر ، بخلاف الهبة المعوضة ، فإن حقيقتها ، وقوامها بالمجانبة المحضة ، وإنما اعتبر فيها العوض بلاشترط . والشاهد على ذلك أنها لا تبطل بامتناع الموهوب له عن العوض ، بل إنما يثبت له خيار تخلف الشرط ، وسيأتي لك توضيح ذلك عند التعرض لتعريف البيع ، ودفع النقوض عنه .

(١) المروية في الكافي ج ١ باب ١٤٠ اشتراء أرض الخراج من السلطان ص ٤١٠ . وباب ١٣١ قبالة أرض أهل الذمة ، وجزية رؤوسهم ، ومن يتقبل الأرض من السلطان ص ٤٠٦ . وباب ١٣٣ الرجل يستأجر الأرض ص ٤٠٧ . والتهذيب ج ٢ باب أحكام الأرضين ص ١٥٨ والوسائل ج ٢ ، باب ٧١ وباب ٧٢ من أبواب الجهاد ، وباب ١٣٣ ص ٤٧ .

(٢) المروية عن محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عن رجل يريد أن يتزوج المرأة ينظر إليها ؟ قال : نعم إنما يشتريها بأغلى الثمن . حسنة بابراهيم بن هاشم الكافي ج ٢ ص ١٦ . والوافي ج ١٢ ص ٥٨ . والوسائل ج ٣ باب ٣٩ ص ١١ . وعن عبد الله بن سنان قال : قلت لأبي عبد الله ع : الرجل يريد أن يتزوج المرأة فينظر الى شعرها ؟ فقال : نعم إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن . مجهولة بهيم بن أبي مسروق النهدي والحكم بن مسكين التهذيب ج ٢ ص ٢٣٥ . والوافي ج ١٢ ص ٥٨ . والوسائل ج ٣ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ص ١١ .

وعن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر قال : سألته عن رجل له امرأتان قالت احدهما ليلتي ويومي لك يوماً ، أو شهراً ، أو ما كان ، أيجوز ذلك ؟ قال : إذا طابت نفسها ، واشترى ذلك منها لا بأس . صحيحة . الوافي ج ١٢ ص ١١٨ ، والوسائل ج ٣ باب ٦ من أبواب القسم ،

بحث استطرادي في تعريف الاجارة ومناقشته وجوابها

قد اشتهر بين الأصحاب تعريف الاجارة بأنها تملك المنفعة بعوض . ونوقش

فيه بوجهين :

١ — أن المنفعة معدومة حال الاجارة ، ومن البين الذي لا ريب فيه أن

المعدوم غير قابل للتملك . والجواب عن ذلك :

أن الملكية الشرعية ليست من المقولات الحقيقية التكوينية ، لكي يستحيل تعلقها بالامور المعدومة ، بل قوامها بالاعتبار الساذج . ومن المعلوم أن الامور الاعتبارية بما أنها خفيفة المؤنة جاز تعلقها بالامور المعدومة إذا كانت مقدورة التسليم . وبديهي أن المنفعة وإن كانت معدومة ، ولكنها مقدورة بتبع العين الخارجية . وإذن فلا محذور في تعلق الملكية الاعتبارية في الاجارة بالمنفعة المعدومة الملحوظة مع العين المستأجرة . كما يصح تعلقها بالذمة . ومن هنا حكم الفقهاء رضوان الله عليهم بصحة بيع الكلبي في الذمة .

٢ — أن منفعة الدار . مثلاً إنما هي سكنها ، ولا ريب أن السكنى من اعراض

السكنى دون الدار . وعليه فإذا صح تملك السكنى كان مالكها هو الساكن ، لأنه موضوعها ، لاصحاب الدار . ومن البين أن مالم يملكه المؤجر — وهو المالك — كيف يملكه للمستأجر . وقد ثبت في محله أن فاقد الشيء لا يكون معطياً لهذا المنص ما أفاده بعض المدققين ولذا التجأ إلى تعريف الاجارة بأنها تملك العين المستأجرة في جهة خاصة . ويقابلها البيع ، فانه تملك العين من جميع الجهات . والجواب عن ذلك بوجهين :

١ — أن لسكنى الدار إضافتين : وهما إضافتها الى نفس الدار ، وإضافتها الى

ساكنها ، ومن البين أن تلك الدار مملوكة لمالكها بجميع شؤونها ، وجباتها ، وما يضاف إليها ، وإذن فمالك الدار مسلط على تملك الدار نفسها ، وتملك جباتها التي منها سكنها .

وعلى الجملة إن المستأجر إنما يملك من المؤجر الجهة المتعلقة بالعين المستأجرة .
وتلك الجهة تختلف حسب اختلاف الأعيان ، والأغراض . وعليه فلا محذور في
تعريف الاجارة بأنها تملك المنفعة بعوض .

٢ — ما ذكره بعض مشائخنا المحققين في كتاب الاجارة من أنه لا يمكن جعل الاجارة
تمليكاً للعين في جهة خاصة . والوجه في ذلك : (أن معروض الملكية إن كان نفس
تلك الجهة عاد محذور تعلق الملكية بالمنفعة . وإن كان هي العين المخصصة بجهة ، والعين
المتحينة بحيشة مخصوصة بما هي مقيدة بها لزم اجتماع ملكين استقلالين على عين واحدة .
وتقسيمها بالجهة تارة ، وإطلاقها اخرى لا يوجب تعدد الموضوع) .

نظرة في بيع الكلي في الزمة

ما هو المراد من العين التي نعتبرها في المثلث ؟

المراد من العين ما إذا وجد في الخارج كان جسماً مشتملاً على الأبعاد الثلاثة :
العرض ، والطول ، والعمق . ولا شك في أن هذا المعنى للعين يقابل المنفعة ، والحق ،
وجميع الأعراض المقولية . وإذن فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل منفعة بمنفعة ،
ولا على تبديل حق بحق . وقد عرفت ذلك آنفاً .

وليس المراد من العين ما يتعلق بالبيع بشخصه ، بداهة شمولها للأعيان الشخصية ،
والكلي المشاع — كثلث الدار — والكلي في المعين — كصاع من الصبرة
المعينة — والكلي في الزمة — كبيع من من الخنطة سلعاً ، أو حالاً — والكلي الثابت
في زمة غيره ، فإن هذه الامور يصدق عليها عنوان العين ، ويتعلق بها البيع مع انها
امور قابلة للانطباق على أفراد كثيرة بل على أفراد غير متناهية ، فالصاع من الصبرة
يمكن انطباقه على عيين الصبرة ويسارها ووسطها ، وناحية اخرى غير تلك النواحي .
وهذا بين لا ريب فيه .

وعلى هذا فشان الملكية شأن الوجوب والحرمة . فكما انها متعلقان بكلي الصلاة والزنا من غير لحاظ خصوصية في متعلقهما - بحيث يكون متعلق الأمر والنهي هو الكلي ، ويكون الموجود الخارجي مصداقاً له - كذلك الملكية ، فانها قد تتعلق بالكلي وإن كانت قد تتعلق بالجزئي الحقيقي أيضاً . كما عرفته قريباً .

ثم إن بيع الكلي في الذمة على قسمين :

لأنه قد يتعلق بالكلي الثابت في الذمة قبل البيع - كبيع الدين ممن هو عليه ، أو من غيره - وقد يتعلق بالكلي الثابت في الذمة بنفس البيع ، من غير أن يكون فيها شيء قبله . كما هو المتعارف في بيع السلم وغيره من البيوع الكلية . وقد نوقش فيه بوجهين :

١ - أن البيع مبادلة مال بمال ، ولا تتحقق هذه المبادلة إلا بعد تحقق العوض والمعوض في الوعاء المناسب لهما من الخارج ، أو الذمة ، وبما أنه لا وجود للكلي في أي وعاء من الأوعية قبل البيع ، فلا يصح بيعه بوجه وقد يتوهم : أن الكلي وإن لم يكن موجوداً في الذمة قبل البيع ، إلا أنه يوجد فيها بنفس البيع ، وإن كان هذا التوهم فاسد .

بداهة أن نسبة البيع إلى متعلقه كنسبة الحكم إلى موضوعه ، فكما يستحيل تكفل الحكم بموضوعه ، وكذلك يستحيل تكفل البيع بإيجاد متعلقه . والجواب عن ذلك :

أن البيع ليس إلا مبادلة في التملك . وقد عرفت قريباً وستعرف أيضاً : أن الملكية من الأمور الاعتبارية التي لا تتوقف على وجود موضوع لها في الخارج ، أو في الذمة . نعم لا بد وأن يكون متعلق الملكية قابلاً لتعلق الاعتبار به في نظر العقلاء . وعليه فالكلي قبل إضافته إلى الذمة وإن كان من المفاهيم الخيالية ، وغير قابل لتعلق

البيع به رأساً . إلا أنه بعد اضافته الى الذمة يعد من الاموال ويصير مورداً لرغبات العقلاء ، ومحطاً لتنافسهم .

وإذن فلا فرق في صحة بيع ما في الذمة بين أن يكون الكلي مملوكاً قبل البيع — كبيع الدين ممن هو عليه ، أو من غيره — وبين أن يكون مملوكاً بالملكية الاعتبارية بنفس البيع .

وفي الحقيقة أنه يحصل بالبيع هنا أمران :

١ — اتصاف الكلي بالملكية .

٢ — صيرورته ملكاً للمشتري . وقد يجاب عن المناقشة المذكورة :

بأن البائع قبل تصديه للبيع يعتبر الكلي في ذمة نفسه ، ثم يبيعه من المشتري . وحينئذ فلا يكون الكلي غير قابل لتعلق البيع به . والجواب عن ذلك :

أن الاعتبار المزبور لا يغير الكلي عن واقعه ، ولا يزيد فيه على حقيقته . بل هو بعد باق على حالته الأولية ، من دون أن يتصف بصفة الملكية ، ومن هنا لا يطلق ذو أملاك على من اعتبر أمتعة كلية في ذمة نفسه ، نعم يتصف ذلك بصفة الملكية بعد البيع ، وقد عرفته قريباً . وهذا واضح لا خفاء فيه .

٢ أن الملكية من مقولة الأعراض ، ومن البديهي أن مقولة الأعراض لا توجد إلا في المحل الموجود ، والكلي الذي لا وجود له قبل البيع لكي يكون محلاً للملكية ، ومعروضاً لها . والجواب عن هذه المناقشة بوجوه شتى :

١ مذكوره العلامة الطباطبائي في حاشيته ، وحاصل كلامه : أن الملكية وإن كانت من قبيل الأعراض الخارجية . إلا أن حقيقتها متقومة باعتبار الشارع ، أو العقلاء ، وعليه فيمكن أن يكون موضوع هذه الملكية موجوداً أيضاً باعتبار الشارع ، أو العقلاء . كما أن الوجوب والحرمة عرضان خارجيان ، مع أنها لا تتعلقان إلا بالامور الكلية الاعتبارية . كالصلاة ، والزنا . قبل أن يوجد في الخارج ، وعلى هذا

النهج فلشارع ، أو للعقلاء أن يعتبروا الكلبي الذي شيئاً موجوداً في الذمة لكي يكون موضوعاً للملكية ، ومعروضاً لها . والجواب عنه :

أنه قد يراد من العرض المذكور في كلامه العرض المقولي . وعليه فلا يسوغ له أن يجمع بين كون الملكية من الأعراض ، وبين كونها من الأمور الاعتبارية المتقومة بالاعتبار الساذج ، ضرورة أن الأعراض المقولية من الأمور الواقعية المتأصلة ، وهذا بخلاف الأمور الاعتبارية ، إذ لا واقع لها سوى الاعتبار المحض . وسيتضح لك أن الأمور الاعتبارية لا تدخل تحت أية مقولة من المقولات المتأصلة .

وقد يراد من العرض المزبور في كلامه المفهوم العام الصادق على المقولات التسع العرضية ، وعلى الأمور الاعتبارية الخالصة ، بداهة أن لفظ العرض من العروض ، وهو بمعنى اللقوق . وعليه فلا تكون الملكية عنده من المقولات المتأصلة . بل تكون زائدة على الماهية . كما أن الوجود زائد عليها . وإذن فيرجع ما أفاده السيد من الجواب المتقدم إلى ماسيأتي من كون الملكية أمراً اعتبارياً لا تأصلياً . ومن هنا ظهرت الحال في الوجوب والحرمة أيضاً .

٢ - ما حكى عن العاضل الراقي في عوائده . وملخصه : أن البيع عبارة عن نقل المالك ملكه إلى غيره نقلاً فعلياً . سواء أكان مالكاً له بالفعل ، أم كان مالكاً له في المستقبل كما إذا قال : بعثك مناً من الخنطة بكذا مع أن الخنطة لم توجد الآن لديه ، فيكون معناه أنني نقلت إليك المن الذي سأملكه من الخنطة بعد مدة - وإذن فالنقل وإن كان فعلياً ، إلا أنه ليس بعرض لكي يحتاج إلى موضوع وما هو عرض - وهو الملك - ليس بفعلي حتى يناقش فيه بعدم وجود الموضوع له ، ويتوجه عليه :

أولاً : أن البيع ليس عبارة عن نقل الملك . وسيأتي . ولا أن الملك من الأعراض المصطلحة . وقد تقدمت الإشارة إليه وستعرض له تفصيلاً .

وثانياً : أن نقل الملك بنفسه ليس من العناوين الاستقلالية ، وإنما هو بلحاظ

الإضافة أو المكان . ومن البين الذي لا ريب فيه أنه إذا استحال إضافة الملكية إلى المدوم فإن النقل الحاصل بلحاظ تلك الملكية أولى بالاستحالة .

٣ - أن الملكية أمر اعتباري صرف ، فلا يحتاج إلى محل موجود .

وتوضيح ذلك :

أن الملكية لها أربع مراتب :

١ - الملكية الحقيقية ، وهي السلطنة التامة ، بحيث يكون اختيار المملوك تحت سلطنة المالك حدوداً وبقاءً ، وهي مخصوصة بالله تعالى ، لأنه سبحانه مالك لجميع الموجودات - بالإضافة الاشرافية - ملكية تامة ، ومحيط بها إحاطة قيومية .

وهذه المرتبة من الملكية هي عليا مراتب الملكية ولاجل ذلك لا تدخل تحت مقولة من المقولات . ونظير ذلك في الممكنات إحاطة النفس بصورها . بداهة أن النفس مالكة لصورها - بالإضافة الاشرافية - ملكية حقيقية .

٢ - ملكية الانسان لنفسه وأعضائه وأفعاله وذمته ، فإن هذه الامور مملوكة له بالإضافة الذاتية الأولية - وقد عرفت ذلك في أول الكتاب - ومن هذا القبيل قوله تعالى حاكياً عن نبيه الأكرم موسى (ع) : إني لا أملك إلا نفسي (١) .

ولا شبهة أن هذه المرتبة من الملكية أيضاً غير داخلية تحت المقولات العرضية . وإنما هي عبارة عن سلطنة الشخص على أفعاله سلطنة تكوينية .

٣ - الملكية المقولية الخارجية : وهي عبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر - كلهيئة الحاصلة من التعمم والتقمص والتنعل ونحوها - وهذه المرتبة تسمى بمقولة الجدة ، وهي من الأعراض الخارجية القائمة بالموجود الخارجي .

٤ - الملكية الاعتبارية التي يعتبرها العقلاء لشخص خاص لمصالح تدعوهم إلى

ذلك ، وربما يمضي الشارع اعتبارهم هذا لأجل تلك المصلحة . بل قد يعتبر الشارع ملكية شيء لشخص وإن لم يعتبرها العقلاء . كما يتفق ذلك في بعض أقسام الارث . ومن البين الذي لا ريب فيه أن هذا النحو من الملكية ليست من الأعراض لكي تحتاج الى وجود الموضوع في الخارج .

ومثال ذلك : أن الزكاة والخمس يملكها طبيعي الفقير والسيد ، مع أنه لم يعتبر وجودها في الخارج .

وأيضاً قام الاجماع على صحة تملك الكلي الذي في بيع السلف ونحوه ، مع أن الأعراض لا بد لها من موضوع خارجي .

وعلى الجملة إن الملكية الاعتبارية لا مانع من كون طرفها من المملوك أو المالك كلياً . فيستكشف منه أنها ليست من الأعراض المقولية (١) بل تمام قوامها باعتبار من بيده الأمر .

(١) ذكر بعض المحققين من المشايخ وجهين آخرين لاستحالة دخول الملكية المصطلحة تحت الأعراض المقولية :

١ - (أن المقولة ما يقال على الشيء ، ويصدق عليه في الخارج . فلا بد من أن يكون لها مطابق وصورة في الأعيان - كالسواد والبياض وما شابهها من الأعراض - أو يكون من حيثيات ماله مطابق ، ومن شؤونه الوجودية . فيكون وجودها بوجوده . كمقولة الاضافة . . . ومن الواضح أنه بعد وجود العقد مثلاً لم يوجد ماله مطابق في الخارج . ولم يتحيت ذات المالك والمملوك بحيثية وجودية . بل على حالهما قبل العقد . وصدق المقولة بلا وجود مطابق ، أو تحيته بحيثية واقعية أمر غير معقول) .

ويتوجه عليه : أن هذا الوجه ليس إلا مصادرة واضحة ، بداهة أن ذات المالك والمملوك ، يتحيطان بعد عقد البيع بحيثية واقعية : وهي حيثية المالكية ، —

وإذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أن مورد البحث إنما هو المرتبة الرابعة من الملكية القائمة بالاعتبار الساذج بلا احتياج إلى محلّ موجود أصلاً ورأساً .
وعليه فلا وجه للمناقشة في جواز بيع الكلي الذي بما عرفته قريباً من أن الملكية من مقولة الأعراض التي لا توجد إلا في محلّ موجود ، والكلي في الذمة ليس بوجود لكي يسكون محلاً للملكية .

البيع مبادلة شيء من الأعيان بعرض في مهز الأضافه

ماهو المراد من كلمة المبادلة المأخوذة في تعريف البيع ؟

قد عرفت آنفاً : أن التعاريف اللغوية إنما هي تعاريف لفظية . وقد سيقمت لشرح الاسم ، والإشارة إلى المعرف - بالفتح - بوجه من الوجوه ، لاتبام الوجوه - وحيثية المملوكية . وإنما الكلام في أن تلك الحيثية أهي من سنخ المقولات العرضية أم هي من الامور الاعتبارية .

٢ - (أن المقولات لمكان واقعتها لا تختلف باختلاف الأنظار ، ولا تتفاوت بتفاوت الاعتبارات ، فإن السقف الملحوظ إلى مادونه فوق في جميع الأنظار ، وبالإضافة إلى السماء تحت بجميع الاعتبارات مع أن المعاطة مفيدة للملك عرفاً ، وغير مفيدة له شرعاً) .

وفيه أن اختلاف الأنظار في جملة من الأشياء أمر ضروري لاسبيل إلى إنكاره ، إذ من البين الذي لا ريب فيه أن الفلاسفة قد اختلفوا في علمه تعالى أنه يتعلق بجميع الأشياء تفصيلاً جزئية كانت أم كلية - كما ذهب إليه جلّ المحققين - أو لا يتعلق إلا بالكليات - كما ذهب إليه الشيخ الرئيس في كتابيه الشفاء والإشارات - وقد يختلف الطبيبان في صحة شخص ومرضه أو أن الأمر الفلاني ينفع الزواج ، أو يضره إلى غير ذلك بل ربما يختلف أهل العرف في ثبوت شيء وعدمه ، كالعلم ، والعدالة ، والشجاعة ، والسخاء ، وغيرها من الأوصاف .

لكي يمتاز عن جميع ماغناه . وعلى هذا وفرض الفيومي من ذكر كلمة المبادلة في تعريف البيع - أنه في الأصل مبادلة مال بمال - ليس إلا الاشارة الى أن البيع من سنخ المبادلة . إلا أن تلك المبادلة ليست مبادلة في المسكن . كرفع شيء من مكانه ، ووضعها في مكان آخر .

- ولا مبادلة في اللبس ، كتبديل عباءة بعباءة اخرى .
- ولا مبادلة في السكنى . كتبديل دار بدار اخرى .
- ولا مبادلة في الركوب كتبديل فرس بفرس آخر .
- ولا غير ذلك من أقسام المبادلة الخازجية التكوينية .

بل المراد من تلك المبادلة هي المبادلة في الاضافة المالية ، بديهية أن كل من المتبايعين يبذل ماله في الاضافة المالية - عند المبايعه - بمال آخر . وللإشارة الى هذه النسكة القيمة الدقيقة قد أخذ الفيومي - في مصباحه - قيد المال في تعريف البيع . والتحقيق أن مفهوم البيع في الجملة من المفاهيم البديهية الارتكازية التي يعرفها كل أحد : وهو التبديل بين شيئين في جهة الاضافة أية اضافة كانت : أي سواء أكانت إضافة ملكية ، أم كانت إضافة مالية ، أم إضافة خفية ، أم غيرها من أنحاء الاضافات .

ولا تختص هذه الاضافة بالاضافة الملكية ، ولا بالاضافة المالية :

أما الوجه في عدم اختصاصها بالاضافة الملكية فلأن سهم سبيل الله من الزكاة ليس ملكاً لشخص خاص . ولا لجهة معينة . ولذا صدر في آية الصدقات (١) بلفظة (في) الظاهرة في بيان المصرف . ومع ذلك كله يجوز بيع السهم الزبور ، وصرف ثمنه في سبيل الله . كما يجوز بيع ثمن العين الموقوفة في سبيل الله وصرف ثمن ذلك في

(١) قال الله تعالى : إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها . والمؤلفة

قربات الله . مع أن تلك العين ليست بملك لأحد ، ولا لجهة . وكذا نماؤها .
 فيستوضح من جميع ذلك أن مفهوم البيع ليس بتبدل شئين في الاضافة الملكية .
 ولو سلمنا بالكية الجهة في المثالين المذكورين فرضنا الكلام فيمن أوصى
 بصرف ماله في سبيل الله ، ونص على عدم صيرورته ملكاً لأحد . فانه إذا بيع المال
 المزبور لكي يصرف ثمنه في قربات الله لم يقع التبدل بين العوضين في الاضافة الملكية ،
 بل في إضافة اخرى غيرها .

أما الوجه في عدم اختصاص الاضافة المذكورة بالاضافة المالية فلا أنه لادليل
 على اعتبار المالية في البيع . وإنما المناط في تحقق مفهومه هو صدق عنوان المعاوضة
 عليه . وأما ما ذكره صاحب المصباح - من أن (الأصل في البيع مبادلة مال بمال) -
 فلا يكون دليلاً على ذلك لعدم حجية قوله .

وعلى هذا فإذا كان المبيع مورداً لغرض المشتري - سواء أ كان مالاً عند العقلاء
 أم لا كالحشرات - واشتراه بأعلى الثمن صدق عليه مفهوم البيع . وهذا بين لا ريب فيه .
 غاية ما يلزم كون المعاملة على ما ليس بمال عرفاً سفهية . ولا دليل على بطلانها
 بعدما شملته أدلة صحة البيع . والفاسد شرعاً إنما هو معاملة السفهية والدليل على الفساد
 فيها أن السفهية محجور شرعاً عن المعاملات وإذن فلا وجه لأخذ قيد المال في تعريف
 البيع . قيل :

إذا تعلق غرض المشتري باشتراء مالا يمد مالاً في نظر أهل العرف كان
 ذلك الغرض موجباً لعروض المالية له . لما عرفته آنفاً من أن مالية الأشياء متقومة
 بنظر العقلاء ، ورغبتهم فيها . ومن البديهي أن المشتري من أفرادهم . والجواب عن ذلك :
 أن مالية الأشياء وإن كانت متقومة برغبة العقلاء وتنافسهم فيها . إلا أن المراد
 من العقلاء نوعهم ، دون الشخص الواحد . ولأجل ذلك أن من اعتبر المالية في البيع
 فقد ترتب على اعتباره هذا فساد بيع الحيات والمقارب والديدان والخنافس ، وأشباهها

من هوام الأرض وصغار دوابها ، وغير ذلك مما لا يمد مالاً في نظر نوع العقلاء . وإن كان ذا رغبة لدى بعضهم لعرض ما .

ويضاف الى ذلك أنابوا سلمنا وجود الدليل على اعتبار المالية في البيع . إلا أن ذلك حكم شرعي غير مربوط بمفهوم البيع حتى يؤخذ في تعريفه . ولو صح أخذ ذلك في تعريف البيع لحسن بنا أن نأخذ أحكام البيع برمتها في تعريفه . مع أنه واضح الفساد .

ثم لا يخفى على الفطن العارف أن مفهوم البيع لا يتحقق إلا بدخول العوض في ملك من خرج العوض عن ملكه : بان يفك البائع اضافته القائمة بالمتاع ، ويجعلها قائمة بالثمن . ويفك المشتري اضافته القائمة بالثمن ، ويجعلها قائمة بالمتاع . ومثان ذلك أنه إذا باع زيد طعامه من عمرو بدينار صار الدينار ملكاً لزيد . ولو صار الدينار ملكاً لبكر لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه .

ويستوضح هذا المعنى من الكتاب العزيز (١) ومن كلمات الفصحاء وأهل

(١) قال الله تعالى : وشروه بثمن بخس دراهم معدودة . يوسف ١٢ : ٢٠ .

» » : ولبئس ما شروا به أنفسهم لو كانوا يعلمون . البقرة ٢ : ٩٦ .

» » : فليقاتل في سبيل الله الذين يشرون الحياة الدنيا بالآخرة .

النساء ٤ : ٧٦ .

» » : إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة .

التوبة ٩ : ١١٢ .

» » : أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى . البقرة ٢ : ١٦ ،

» » : إن الذين اشترؤا الكفر بالآيمان . آل عمران ٣ : ١٧١ .

» » : ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً . المائدة ٥ : ٤٨ .

الى غير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في أن دخول العوض مكان المعوض معتبر في مفهوم البيع ، والشراء .

العرف واللغة (١). قيل :

قد تعارف بين الناس إعطاء الدرهم للخباز أو للبراز . والأمر بإعطاء مقابلها من الخبز والثوب للفقير ، ولا شبهة في كون ذلك بيعاً بالحمل الشائع . مع أن الثمن لم يدخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه . والجواب عنه :

أن الثمن - في أشباه ما ذكر - قد دخل في ملك من خرج الثمن عن ملكه .
نهاية الأمر أن المشتري قد وكلّ البائع في إعطاء المبيع لشخص آخر . وان أبيت عن هذا التوجيه فانا لانبالي في المنع عن صدق مفهوم البيع على ذلك ، وحمله على الصلح ، أو على الهبة المعوضة .

مفهوم المفاعلة وعزم صرفه على البيع

ماهو مفهوم المفاعلة ، وهل يصدق ذلك على البيع الذي هو تبادل شيء بشيء ؟
الظاهر أن وزن (فاعل) للدلالة على المشاركة في الغالب : والمشاركة هي أن يفعل الواحد بالآخر مايفعله الآخر به حتى يكون كل منهما فاعلاً ومفعولاً : نحو ضارب زيد عمرواً ، وعليه فذكر المبادلة في تعريف البيع يقتضي أن يكون البيع عبارة عن مجموع فعل البائع والمشتري .

واسكن هذا واضح البطلان ، ضرورة أن البيع ليس إلا عبارة عن فعل البائع فقط : وهو تبادل ماله بمال صاحبه ، ومن البديهي أن هذا المعنى غريب عن معنى المفاعلة . ولا صلة بينهما بوجه

بل لو فرضنا صدق مفهوم البيع على كل من فعل البائع والمشتري لكان الصادر

(١) في القاموس ككل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه ، ومنه اشتروا

انضلالة بالهدى .

من كل منهما بيعاً بنفسه . وإذن فلا وجه لذكر كلمة المبادلة في تعريف البيع - كما صنعه صاحب المصباح ، وتلقاه جماعة بالقبول - بل لا بد من تبديل لفظ المبادلة في تعريف البيع بكلمة التبديل ، فان التبديل هو الذي يتحقق بفعل البائع .
نعم يشترط رضا المشتري بفعل البائع ، وتحقق عنوان التبديل . ولكنه أجنبي عن قيامه بالمشتري ، كقيامه بالبائع . وهذا بخلاف مفهوم المبادلة ، فانه معنى قائم بشخصين ، كما هو الشأن في باب المفاعلة على ما عرفته في طليعة البحث .

رأى بعض مشايخنا المحققين في معنى المفاعلة والجواب عنه

قد سلك بعض مشايخنا المحققين مسلكاً آخر في معنى المفاعلة . وحاصله : أنه قد اشتهر بين الادباء وغيرهم أن الفارق بين الهيئات المجردة ، وبين هيئة المفاعلة إنما هو تقوم المعنى في باب المفاعلة بطرفين .

إلا أن المستوضح من الكتاب الكريم . ومن الاستعمالات الصحيحة خلاف ذلك . كقوله تعالى : يجادعون الله والذين آمنوا (١) فان الغرض من الآية الشريفة تصدي المنافقين لخديعة الله وخديعة المؤمنين فقط . وغير ذلك من الآيات الكثيرة الظاهرة في خلاف ما اشتهر بين الناس من معنى المفاعلة .

ويقال في الاستعمالات العرفية الصحيحة : عاجله بالعقوبة . وخالع المرأة . وبارزه بالحرب . وساعده التوفيق . وواراه في الأرض . وغير ذلك ، فان جميع ذلك بين ما لا تصح نسبة المادة فيه الى الاثنين ، وبين ما لم يقصد فيه ذلك وان صحت النسبة المزبورة . وعليه فلا بد من بيان الفارق بين هيئة الفعل المجرد ، وبين هيئة المفاعلة . وتوضيح ذلك : أن الهيئات المجردة لم يلحظ فيها تجاوز المادة عن الفاعل الى غيره بحسب وضع الواضع . بل التجاوز فيها إما ذاتي - كجملة من الأفعال المتعدية : نظير ضرب ،

وخذع ، ونصر ، ونحوها - أو بواسطة الأداة : كما في الأفعال اللازمة - مثل جلس ،
وذهب ، وأمثالها - وقسم من الأفعال التعدية - كلفظ كتب ونظائره - بديهة أن
تجاوز المادة في القسمين الأخيرين إلى غير الفاعل إنما هو بواسطة الأداة . فيقال :
جلس إليه . وكتب إليه .

نعم لاشبهة في أن كلمة (كتب) تدل على تجاوز المادة - وهي الكتابة - إلى
المكتوب فقط ، دون المكتوب إليه - الذي هو مورد بحثنا - وإذا أريد تجاوز تلك
المادة إلى المكتوب إليه فلا بد من الاستعانة بكلمة إلى

وأما هيئة المفاعلة - كخداع وضارب وقامر ونحوها - فإن حيثية تعدية المادة
عنها إلى غيرها ملحوظة فيها مطابقة في مقام أفادة النسبة . وهذا بخلاف الأفعال المجردة
المتعدية - كضرب ونصر وخذع ونحوها - فإن التعدية فيها من ذاتيات مفادها .
وعليه فإذا صدر فعل من أحد كان أثره خداع غيره صدق عليه أنه خدعه .
ولا يصدق عليه أنه خارعه إلا إذا تصدى لخديعه غيره . وكذلك الحال في ضرب
وضارب ونصر وناصر وأشباهاها من الأفعال المتعدية .

ومن هنا يفرق بين ضار ، ومضار ، فإن سمرة بن جندب لما أبي عن الاستئذان
من الانصاري - عند الدخول على عذقه من منزل الأنصاري - قال له النبي ص :
انك رجل مضار (١) : أي متصد لأضرار الأنصاري . والجواب عن ذلك :

أن هيئة المفاعلة لا تتقوم إلا بصدور الفعل من الاثنين ، لما عرفت آتفاً من
دلالة المفاعلة على المشاركة في الغالب : وهي أن يفعل الواحد بالآخر مثلما يفعله الآخر
به لكي يكون كل منهما فاعلاً ومفعولاً : نحو ضارب زيد عمرآ .

ومن الواضح أن هذا المعنى لا يتحقق بمجرد تصدي أحدهما لايجاد المادة دون
صاحبه . فلا يقال : ضارب زيد عمرآ ، أو صارعه ، أو جادله ، فيما إذا تصدى زيد

لضرب عمرو . أو حربه ، أو صراعه ، أو جداله ، من دون أن يصدر منه أحد هذه الامور ، بل لو لم يصدر الفعل منه ومن صاحبه معاً لعدّ مثل هذا الاستعمال من الأغلاط الواضحة .

نعم قد تكون هيئة المفاعلة بمعنى الفعل المجرد : نحو سافر زيد . وقاتله الله . وواراه في الأرض . وبارك في أمره . وأشبه ذلك من الأمثلة .

وقد تكون بمعنى الكثرة والمبالغة . ولعل من القبيل الثاني قول النبي (ص) لسمرة بن جندب : إنك رجل مضّار ، ولا ضرر ، ولا ضرار على مؤمن .

الاجارة وعزم استعمالها في نقل المهيبة

قوله : (كما أن لفظ الاجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان ، كالثمرة على الشجرة) . أقول : إن كان مراده من الثمرة على الشجرة وجودها عليها فعلاً - كما هو الظاهر من كلمة على - فلا شبهة أن الثمرة ليست مورداً للاجارة . بل استعمال لفظ الاجارة في نقل الثمرة غلط فاحش .

وإن كان مراده من الثمرة على الشجرة شأنية ظهورها عليها فلا ريب حينئذ في صحة تعلق الاجارة بالشجرة ، وتكون الثمرة منفعتها المقصودة من اجارتها . وعلى هذا فيجوز استعمال لفظ الاجارة في نقل الثمرة إستعمالاً حقيقياً .

نعم قد يتوهم في بعض الروايات (١) إسناد الاجارة إلى نفس الثمرة قبل ظهورها على الشجرة . ولعله الى هذا نظر المصنف في كلامه (٢) قبل :

(١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة . وإن شئت أكثر . وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجرها . التهذيب ج٢ ص١٧٣ . والوافي ج١٠ ص١٣٩ . والوسائل ج٢ باب ١٩ من أبواب المزارعة . (٢) لكن المراد من الاستئجار في الرواية الاشتراء ، بدهاء ان ظهور الثمرة -

إن ظهور الثمرة على الشجرة فعلا لا يمنع عن صحة تعلق الاجارة بالشجرة ، فإن الثمرة الموجودة على الشجرة هي منفعتها المقصودة منها ، كما أن منفعة الدابة ركوبها ، ومنفعة الدار سكنها . والجواب عن ذلك :

أن الاجارة وإن كانت تملكها للمنفعة إلا أن تلك المنفعة لا بد وأن تكون معلومة بوجه . ومن البين الذي لا ريب فيه أن الثمرة الموجودة على الشجرة مجهولة المقدار . وإذن فتبطل الاجارة من ناحية الجهالة . قيل :

إذا اقتضت الجهالة بطلان اجارة الشجرة بعد ظهور ثمرتها اقتضت بطلان اجارتها قبل ظهور ثمرتها بالأولية القطعية ، لشدة الجهالة هنا . والجواب عنه :

أن جهالة الثمرة قبل ظهورها على الشجرة لا تضر باجارة الشجرة . بديهية أن المناط في ارتفاع الجهالة عن المنفعة - التي هي مورد للاجارة في العين المستأجرة - العلم باشتمال العين المستأجرة على حيثية الانتفاع بها : بأن تكون معدة لذلك .

ومن المعلوم أن اشتمال الأشجار المثمرة على حيثية الانتفاع أمر معلوم ، وإذن فلا تبطل الاجارة من ناحية الجهالة . وهذا بخلاف الثمرة الموجودة على الشجرة فانها مجهولة المقدار . وعليه فتبطل الاجارة من ناحية الجهالة .

ويضاف إلى ذلك أن اجارة الشجرة لثمرتها الموجودة خارجة عن مفهوم الاجارة جزماً . إذ لا يمتثل أن يتوهم أحد صدق مفهومها على استئجار عين لأجل عين اخرى موجودة . كاستئجار الشاة للبيها المحلوب . واستئجار الأشجار لأغصانها الفعلية . واستئجار المزرعة لزرعها الموجود . وهكذا في نظائرها .

نعم قد تكون منفعة العين المستأجرة ما يوجد من الأعيان ولكنها غير موجودة

— على الشجرة ليس بشرط في استئجار الشجرة . وإنما هو شرط في بيع الثمرة . وعليه فالمراد من لفظ التقبل - المذكور في صدر الرواية - الشراء دون الاستئجار .

حال الاجارة . كاستئجار المنائح والبقرات والشيء للبناء غير المحلوب . واستئجار المرضع ليرضع الطفل من لبنها . واستئجار الشجرة لثمرتها المدومة . والسر في ذلك ما أشرنا إليه من كون المنفعة في أمثال هذه الموارد معلومة بوجه .

الثمن ومواز كونه من المنافع

قوله : (وأما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة) . أقول : لا ريب في جواز كون الثمن من المنافع . سواء أقلنا باعتبار المالية في العوضين ، أم لم نقل به ، ضرورة أن المنافع من أظهر مصاديق الأموال ، لرغبة العقلاء اليها ، وتنافسهم فيها . نعم حكى عن بعض الأعيان : أن شأن العوض شأن العوض . فكما يعتبر كون الثاني من الأعيان . وكذلك الأول .

ويمكن الاستدلال على هذا الرأي بوجوه :

١ - ما اشتهر بين الفقهاء من أن البيع نقل الأعيان . ويرد عليه :

أن غرض الفقهاء رضوان الله عليهم من هذه العبارة هو المبيع ، لأنهم ذكروها في مقابل الاجارة التي هي لنقل المنافع . مع أن الاجارة فيها تكون من الأعيان غالباً . وامل النكتة في عبارتهم هذه هي ملاحظة ناحية الإيجاب ، بداهة أن العقد إنما يتم بفعل الموجب . وأما القابل فليس له إلا الارتضاء بذلك الفعل ، ونسبته الى نفسه .

٢ - أن الأدلة الدالة على صحة البيع وفوقه إنما هي منصرفه الى البيوع

المتعارفة . ومن البديهي أنه لم يتعارف جعل العوض في البيع من المنافع . وعلى فرض وجوده في مورد فهو من الأفراد النادرة التي تنصرف عنه الاطلاقات . والجواب عن ذلك :

أن مفهوم البيع - على ما عرفته آنفاً - تبديل شيء بعوض في جهة الاضافة . ولا يفرق في تحقق هذا المفهوم بين أن يكون كلا العوضين عيناً ، أو كلاهما منفعة ، أو أحدهما عيناً والآخر منفعة .

ولكننا قد ذكرنا فيما سبق : أن المتبادر من الاستعمالات العرفية عدم صدق البيع على تملك المنفعة . بل يعتبر في تحقق مفهومه أن يكون المبيع عيناً . وأما العوض فلم يدل دليل على اعتبار كونه من الأعيان . فيبقى تحت مفهوم البيع : وهو تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة . فتشمله العمومات الدالة على صحة العقود .

ويضاف الى ذلك أن غلبة الأفراد الخارجية لاتمنع عن شمول أدلة الامضاء للفرد النادر .

٣ - أن المنافع أمور معدومة ، فلا يقع عليها البيع ، ضرورة أن الملكية من مقولة الأعراض ، وهي لاتتقوم إلا بالمحل الموجود . ومن المفروض أن المنافع أمور معدومة . فيستحيل أن تكون موضوعاً للملكية . ويرد عليه :

أن الملكية من الامور الاعتبارية التي لاتتوقف على وجود موضوع لها في الخارج . بل لا بد وأن يكون متعلقها قابلاً لتعلق الاعتبار به في نظر العقلاء ، وقد عرفت ذلك فيما تقدم .

٤ - ما ذكره الطريحي في مجمع البحرين ، من أن المال في الأصل الملك من الذهب والفضة . ثم أطلق على كل ما يفتنى ، ويتملك من الأعيان . وعليه فلا تكون المنفعة ثمتاً في البيع ، لأنه مبادلة مال بمال . والمفروض أن المنفعة ليست من الأموال . ويرد عليه :

أن المال ما يبدل بازائه شيء حسب رغبة العقلاء وتنافسهم ، ومن الواضح أن هذا المعنى أعم من العين والمنفعة . بداهة أن المنفعة من مباحات ما يرغب فيه العقلاء .

عمل الحر ومبررات وقوعه ثمناً في البيع

قوله : (وأما عمل الحر فإن قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال وإلا ففيه إشكال) . أقول : هذا الكلام استدراك عما تقدم منه (ره) : وهو قوله : (وأما العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة) .

وتوضيح ذلك : أن عمل الحر تارة يلاحظ بعد وقوع المعاوضة عليه - كما إذا استأجره لبناية داره ، أو لنجارة بابه ، أو لحياطة ثوبه ، أو لغير ذلك من الأغراض العقلانية - وأخرى يلاحظ قبل وقوع المعاوضة عليه .

وعلى الأول فلا إشكال في جعل العمل المزبور ثمناً في البيع ، بداهة كونه ملاً مملوكاً للمستأجر . وله أن يتصرف فيه أي تصرف ، لأن الناس مسلطون على أموالهم . كما أن عمل العبد والدابة مال مملوك لصاحبها .

والدليل على مالية عمل الحر في هذه الصورة أمور :

١ - أنه يصح إطلاق ذي المال على المستأجر الذي ملك عمل الحر بالاجارة

أو الصلح .

٢ - أنه يجب على المستأجر المزبور حج البيت : لأنه قد استطاع إليه سبيلاً ،

إذا كان عمل أجيره وافيًا بزاده وراحلته .

٣ - أنه يخرج المستأجر بعمل أجيره عن عنوان الفقراء ، ويعامل معه معاملة

الأغنياء ، إذا كفى ذلك العمل مؤونة سنته . وإذن فيحرم عليه أخذ الزكاة . وسائر

الوجوه الشرعية المقررة للفقراء والمساكين .

٤ - أنه إذا أتلف أحد عمل أجير ضمنه لمستأجره ، لقاعدة الضمان بالتلاف .

ولأجل هذه الأمور كلها نستكشف صدق مفهوم المال على عمل الحر بعد وقوع

المعاوضة عليه . والسر في ذلك كله : أن عمله حينئذ مورد لرغبة العقلاء وميلهم

وعلى الثاني فإن قلنا باعتبار المالية في الثمن والمثمن فلا يقع عمل الحر عوضاً في البيع ، لأنه لا يعد مالا عرفاً . وإن لم نقل بهذا الاعتبار فلا بأس بجعله ثمناً فيه .
والشاهد على عدم كونه مالا في هذه الصورة : أن الحر لا يكون مستطيعاً بلعناظ عمله لكي يجب عليه الاكتساب ، وتحصيل الزاد والراحلة . ثم السير الى بيت الله الحرام .
وأيضاً لو حبسه أحد لم يضمن عمله . مع أن تفويت منافع العبد أو الدابة أو سائر الجملة موجب للضمان .

هذا كله فيما إذا جعل عمل الحر ثمناً في البيع . وأما جعله مثنماً فيه فليس بجائز قطعاً ، لأنه من المنافع . وقد عرفت فيما سبق أن المبيع لا بد وأن يكون من الأعيان ، إذ لا يصدق مفهوم البيع على تملك المنفعة بم عوض .
والحق : أنه لا يفرق في صدق مفهوم المال على عمل الحر بين وقوع المعاوضة عليه وعدمه . والوجه في ذلك ما ذكرناه سابقاً من أن مالية الأشياء متقومة برغبة الناس فيها رغبة عقلانية . ولا يعتبر في ذلك صدق الملك عليها ، لأن النسبة بينها هي العموم من وجه . إذ قد يوجد المال ولا يتحقق الملك . كالمباحات الأصلية قبل حيازتها ، فانها مال وليست بمملوكة لأحد . وقد يوجد الملك ، ولا يصدق عليه مفهوم المال . كحبة من الخنطة ، فانها ملك لصاحبه ، وليست بمال ، إذ لا يبذل بازائها شيء . وقد يجتمعان . وهو كثير . ومن المعلوم أن عمل الحر - قبل وقوع المعاوضة عليه - من مهمات الأموال العرفية وإن لم يكن مملوكاً لأحد بالملكية الاعتبارية . بل هو مملوك لصاحبه بالملكية الذاتية الأولية على ما عرفت في أول الكتاب .

نعم ربما يناقش في ذلك بأن البيع - كما سبق - تبديل شيء من الأعيان بم عوض في الاضافة الاعتبارية . ومن الواضح أن عمل الحر فاقد لهذه الاضافة . وإذن فلا يصلح لأن يكون طرفاً للتبديل الاعتباري في جهة الاضافة .
وفيه أن عمل الحر وإن لم يكن مملوكاً لصاحبه بالضافة الاعتبارية قبل البيع ،

ولسكنها تعرض عليه بنفس البيع . وقد تقدم نظير ذلك في البحث عن امكان بيع الكلي في الذمة .

ودعوى أن كلاً من العوض والم عوض لا بد وأن يكون مالا مملوكاً قبل البيع دعوى جزائية ، إذ لم يدل على ذلك دليل من النقل والاعتبار .
وأما الوجه في عدم وجوب الحج على الحر - بلحاظ استطاعته من ناحية عمله - فلأن الاستطاعة إنما تتحقق بمالكية المكلف - بالفعل - لما يحج به من الزاد والراحلة . وبمالكية مؤونة عياله بالفعل أو بالقوة . وقد فسرت الاستطاعة بهذا المعنى . وبأمن الطريق في بعض الأخبار (١) .

وعليه فعمل الحر قبل وقوع المعارضة عليه وإن كان مملوكاً له بالملكية الفعلية التكوينية . وكذا بالملكية الشأنية الاعتبارية . إلا أنه لا يترتب عليهما ما هو أثر للملكية الفعلية الاعتبارية .

نعم إذا آجر نفسه بنقد مقبوض بعد العقد ، بحيث يكفي ذلك مؤونة حجه وعياله ، كان مستطعاً . والسفر فيه هو ما ذكرناه من كون المدار في الاستطاعة على الملكية الفعلية الاعتبارية ، دون الاقتضائية .

وقد اتضح لك مما بيناه أنه لا يصح إطلاق ذى المال على الحر باعتبار عمله ،

(١) المروي عن محمد بن يحيى الخشعمي قال : سألت حفص الكناسي أبا عبد الله (ع) وأنا عنده عن قول الله عز وجل : والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً ما يعني بذلك ؟ قال : من كان صحيحاً في بدنه . مخلى سر به . له زاد وراحلة . فهو ممن يستطيع الحج . الخبر . فروع الكافي ج ١ ص ٢٤٠ ، والوافي ج ٨ ص ٤٩ . والوسائل ج ٢ باب ٨ من أبواب الحج . في أقرب الموارد : السرب بالفتح الطريق . يقال : خل له سر به : أي طريقه . فلان مخلى السرب : أي موسع عليه غير مضيق عليه .

إذ المناط في صحة هذا الاطلاق كون الانسان مالكاً لأمواله بالملكية الفعلية الاعتبارية. وقد عرفت قريباً: أن عمل الحر - قبل وقوع المعاوضة عليه - غير مملوك له كذلك ، لأن ثبوت شيء لشيء ، بالإضافة الاعتبارية إنما يصح في غير موارد الثبوت الحقيقي . وإلا كان الاعتبار لغواً محضاً ، وتحصيلاً للحاصل . ومن المفروض أن عمل الحر مملوك له بالإضافة الذاتية . كما أن الله تعالى مالك لمخلوقاته بالإضافة الذاتية الاشرافية .

وأما الوجه في أن اتلاف عمل الحر لا يوجب ضمانه على المتلف فهو أن قاعدة الضمان بالاتلاف ليست برواية لكي يتمسك باطلاقها في الموارد المشكوكة . بل هي قاعدة متصيدة من الموارد الخاصة . وإذن فلا بد من الاقتصار فيها على المواضع المسئلة المتيقنة .

ومع الاغضاء عن ذلك ، وتسليم كونها رواية أنها غريبة عن عمل الحر . إذ الاستفادة منها أن اتلاف مال غيره موجب للضمان . ومن الواضح أن الظاهر من كلمة (المال) هو المال المضاف الى مالكة بالإضافة الاعتبارية . وقد عرفت : أن عمل الحر - قبل وقوع المعاوضة عليه - ليس كذلك . وعليه فلا يكون مشمولاً لقاعدة الضمان بالاتلاف .

نعم إذا كان الحر كسوباً : وله عمل خاص يشتغل به كل يوم - كالبنية والتجارة والخطابة وغيرها - فإن منعه عن ذلك موجب للضمان ، لسيرة القطعية العقلائية .

نظرة في الحقوق

قوله : (وأما الحقوق الأخر) . أقول : لوجه لتوصيف كلمة (الحقوق)

بلفظ (الأخر) إذ لم تتقدم طائفة من الحقوق ليكون المذكور هنا طائفة أخرى منها .

وعليه فالوصف المزبور مستدرك جزماً . وقد ضرب عليه في بعض النسخ الصحيحة .

ويحتمل قريباً وقوع التصحيف في عبارة المصنف بالتقديم والتأخير . وصحيحها هكذا :

وأما الحقوق فإن لم تقبل المعاوضة بالمال فلا إشكال . وكذا لو لم يقبل النقل وأما الحقوق الأخر القابلة للانتقال الخ .

وقد ذكر السيد في حاشيته وجهاً آخر لتصحيح العبارة . واليك نصه بلفظه :
(يمكن أن يكون الوصف توضيحياً ، ويمكن أن يكون تقييدياً بعد اعتبار كون العين والمنفعة أيضاً من الحقوق بالمعنى الأعم) . ويرد عليه :

أن الحق المبحوث عن جواز جعله بمنأى ليس من سنخ العين ، ولا من سنخ المنفعة لكي يحتاج تمييزه عنها الى قيد احترازي . بل هو أمر يباين العين والمنفعة ، فانه عبارة عن الاضافة الخاصة المتعلقة بالعين تارة ، وبالمنفعة أخرى . ومن هنا قد ناقش المصنف في جعل حق التحجير بمنأى في البيع بدعوى أنه ليس بمال - وسيأتي ذلك قريباً - مع أن الأرض المحجرة مال بالحمل الشائع قطعاً .

نعم لو كان مورد البحث في العين أو المنفعة هو نفس الاضافة بين المالك والملوك ، أو كان مورد البحث في الحقوق هو متعلقها ، لكان الحق شبيهاً بالعين والمنفعة ، واحتاج تخصيص البحث بالحقوق الى قيد احترازي . ولكن قد اتضح لك خلاف ذلك مما ذكرناه .

قوله : (كحق الشفعة وحق الخيار) . أقول : الظاهر وقوع التحريف في هذه العبارة ، ضرورة أن حق الشفعة وحق الخيار من أمثلة القسم الثاني للحق الذي أشار إليه المصنف بقوله : (وكذا لو لم يقبل النقل) .

والوجه في ذلك أن القسم الثاني من الحق هو مالا يقبل النقل الاختياري وان كان مما يقبل الانتقال بالسبب القهري كالارث - أو كان يقبل الاسقاط مجاناً ، أو مع العوض ومن الظاهر أن حق الشفعة وحق الخيار يقبلان الانتقال والاسقاط مجاناً أو مع العوض ، فيكونان من مصاديق القسم الثاني .

أقسام الحقوق وأحكامها

قد قسم المصنف (ره) الحقوق إلى ثلاثة أقسام :

١ - مالا يقبل المعاوضة بالمال ، وحكم فيه بأنه لا يجوز جعله تمناً في البيع .

٢ - مالا يقبل النقل - وإن قبل الانتقال بغير اختيار مع وجود سببه كالارث -

كحق الشفعة وحق الخيار . وحكم فيه أيضاً بأنه لا يجوز جعله تمناً في البيع .

وأستدل على أن هذا القسم من الحق لا يقبل النقل بما ذكره بعض الأصحاب

من أن البيع تمليك من الطرفين (البائع والمشتري) فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك

للمحالة ، وإن قبل السقوط والاسقاط .

وناقش في هذا الرأي صاحب الجواهر ، وإليك نص عبارته : (وفيه أن من

البيع بيع الدين على من هو عليه . ولا ريب في اقتضائه حينئذ الاسقاط ولو باعتبار

أن الانسان لا يملك على نفسه ما يملكه غيره عليه الذي بعينه يقرر في نحو حق الخيار

والشفعة والله اعلم) . وقد اجاب المصنف عن النقض المذكور بوجود الفارق بين بيع

الدين ممن هو عليه ، وبين ما نحن فيه بتقريب أن الملكية علاقة خاصة بين المالك

والمملوك . ولا حاجة لها إلى وجود المملوك عليه . وعليه فلا مانع من تملك الانسان لما

في ذمته ، ويترتب عليه سقوطه . ولذلك جهل الشهيد في قواعد الابرار مردداً بين

التمليك والاسقاط . مع أنه لو كان تملك الانسان لما في ذمته محالاً لما جعل أمر الابرار

مردداً بينهما . وهذا بخلاف حق الشفعة وحق الخيار وأشباههما من الحقوق التي تقوم

بطرفين (المسلط والمسلط عليه) فان ذلك سلطنة فعلية محتاجة إلى المسلط عليه . وعلى

هذا النهج فلو نقلت هذه السلطنة من له الحق إلى من عليه الحق لزم منه اجتماع عنوانين

متقابلين : (المسلط والمسلط عليه) في شخص واحد وهو محال .

٣ - ما يقبل النقل والانتقال ويقابل بالمال في الصلح كحق التحجير . ومع ذلك

ناقش المصنف في وقوعه ثمنًا في البيع ، لأنه - لغة وعرفًا - مبادلة مال بمال . ومن البين أن الحق ليس بمال لكي يقع عوضًا في البيع . نعم إذا قلنا بعدم اعتبار المالية في كل من الثمن والثمن أمكن جعل الحق ثمنًا في البيع . هذا تفصيل ما ذكره المصنف في المقام .
أقول : أما القسم الأول ، (ملا يقبل المعاوضة بالمال) فقد يراد منه ما يقبل النقل والانتقال ، والسقوط والاسقاط قبولًا مجانيًا من دون أن يقابل بالمال - كحق القسم للضرة على ما قيل - وعليه فما ذكره قدس سره وإن كان وجيبًا من حيث الكبرى : وهي أن مثل هذا الحق لا يجوز جعله ثمنًا في البيع . ولكن لم يدلنا دليل على وجود صغرى لهذه الكبرى في الخارج . وأما حق القسم فلا دليل على كونه من هذا القبيل . وقد يراد من ذلك ما لا يقبل النقل والانتقال ، ولا السقوط والاسقاط - كحق الولاية والحضانة وأشباهها - وهو أيضًا متين من حيث الكبرى المزبورة ، لأنه لا تصح مقابلة الحقوق بالمال إلا بلحاظ الجهات المذكورة . فاذا استحال عروض تلك الجهات على الحقوق لم تجز المعاوضة عليها .

والكن مثل هذا لا يسمى حقًا مصطلحًا ، إذ المعروف بين الفقهاء رضوان الله عليهم : أن الفرق بين الحق والحكم أن الحق نوع من السلطنة التي يكون أمرها بيد ذي الحق بخلاف الحكم ، فانه لا يقبل شيئًا من ذلك . وإذن فالأمثلة المذكورة غريبة عن حدود الحق . وإنما هي من مصاديق الحكم المصطلح .

وأما القسم الثاني (ملا يقبل النقل) فيقع البحث عنه في جهات شتى :

١ - مالكية الانسان لما في ذمته .

ذكر المصنف (ره) : أن جواز ملك الانسان لما في ذمته معقول عقلاً ، وجائز

شرعاً .

وهذا موافق للتحقيق ، لما ذكرناه في أول الكتاب من مالكية الانسان

لنفسه وفعله وذمته بالإضافة التكوينية الذاتية الأولية .

نعم لا يتصف ذلك بالملكية الاعتبارية . لامن جهة استحالة اتحاد المالك والمملوك عليه . بل لأن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي . وإلا لكان الاعتبار لغواً محضاً ، ونحصيلاً للحاصل . وقد مرّ فيما سبق أن ملكية الانسان لذمته أمر تكويني حقيقي ، فلا يحتاج إلى الثبوت الاعتباري . وهذا واضح لا ريب فيه .

وقد يتوهم أن المالك والمملوك عليه من المتضائفين ، وهما متقابلان . وإذن فيستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهية أن النسبة بين المالك والمملوك عليه وإن كانت هي التضائف . ولكن المتضائفين لا يستحيل اجتماعهما في محل واحد دائماً فالله تبارك وتعالى عالم بذاته ، وهو معلوم له وكل شاعر يحب نفسه . وإنما الاستحالة فيما كان بين المتضائفين تغائر وجودي كاهلية والمعلوية . ومن البديهي أن المالك والمملوك عليه لم يعتبر بينهما التغائر الوجودي . فلا مانع من صدقهما على شيء واحد .

٢ - الفارق بين الملكية والسلطنة :

ذكر المصنف : أن الملكية لا تتوقف على المملوك عليه . والسلطنة تتوقف على المسلط عليه .

والتحقيق : أن هذا المعنى وإن كان صحيحاً بالاضافة إلى الملكية المضافة إلى الأعيان الخارجية . إلا انها لا تصح في الملكية المضافة الى الذمم . فان الكلي مالم يصف إلى ذمة شخص خاص لا يبدل بازائه شيء . ولا يرغب فيه العقلاء .

٣ - اتحاد المسلط والمسلط عليه :

ذكر المصنف : أن مثل حق الشفعة وحق الخيار سلطنة فعلية ، فلا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد .

والتحقيق : أن حق الشفعة لا يجوز المعاوضة عليه . لامن ناحية المحذور الذي

ذكره المصنف ، فانه واضح الاندفاع ، (وسيأتي قريباً) بل من جهة أن حق الشفعة إما أن يباع من المشتري ، أو من غيره . وعلى الاول فيكون البيع لغراً محضاً ، إذ المشتري مالك للحصة المبيعة قبل انتقال حق الشفعة إليه وعليه فلا معنى لاستحقاقه تلك الحصة ثانياً بحق الشفعة . وعلى الثاني فلأن حق الشفعة استحقاق الشريك للحصة المبيعة في شركته لكي يضمها الى حقه . فالشريك قد أخذ موضوعاً لهذا الحق . ومن البين الذي لا ريب فيه أنه لا يعقل ثبوت الحكم لغير موضوعه ، بديهية أن نسبة الحكم الى موضوعه كنسبة العلول الى علته ، فكما يستحيل انفكاك العلول عن علته كذلك يستحيل انفكاك الحكم عن موضوعه .

وبتعبير آخر : أنا إذا لاحظنا آثار حق الشفعة وجدنا خصوصية في مورده . وذلك الخصوصية هي العلة التامة لثبوته للشريك فقط ، دون غيره .

نعم تجوز المعاوضة على حق الشفعة من حيث الاسقاط بأن يجعل إسقاطه ممناً في البيع ، أو اجرة في الاجارة ، أو عوضاً في الصلح والهبة ، أو صداقاً في النكاح . ولكن هذا أجنبي عما نحن فيه ، فان مورد بحثنا إنما هو جواز المعاوضة على حق الشفعة ، وجعله عوضاً في العقود المعاوضية ، لا المعاوضة على إسقاطه ، فان الاسقاط بنفسه عمل . وقد عرفت سابقاً : أن عمل الحر يجعل عوضاً في البيع وغيره من العقود المعاوضية . وأما حق الخيار فجواز المعاوضة عليه من حيث الاسقاط خارج عن موضوع بحثنا . وقد عرفته قريباً . وأما نقله الى غيره بالعقود المعاوضية ، وجعله عوضاً فيها فقد منعه المصنف من ناحية استلزامه اتحاد المسلط والمسلط عليه .

والجواب عن ذلك :

أولاً : أن هذا إنما يتم فيما إذا نقل حق الخيار الى من عليه الخيار . وأما إذا نقل الى غيره فلا يلزم منه المحذور المذكور . وإذن فالدليل أخص من المدعى .
ثانياً : أن هذا إنما يلزم فيما إذا كان متعلق السلطنة في الخيار هو البائع . بخلاف

العقد . ولكن سيأتي في مبحث الخيارات أن الخيار إنما يتعلق بالعقد لا بالمتبايعين وإلا اسقط خيار كل منهما بموت صاحبه .

وعلى هذا الضوء فثبتت حق الخيار لا يحتاج الى وجود المسلط عليه لكي يلزم من نقله اليه اتحاد المسلط والمسلط عليه . بل شأنه شأن حق التحجير المتعلق بالأرض المحجرة .

ثالثاً : أنه لو استحال بيع حق الخيار ممن عليه الخيار - لاستحالة اتحاد المسلط والمسلط عليه - لاستحالة ملك الانسان لما في ذاته بالأولية القطعية ، لاستحالة تملك الكلي بدون الملوك عليه . وحيث عرفت إمكان الثاني فكان الأول أولى بالإمكان . رابعاً : أن مفهوم السلطنة وإن كان من المفاهيم الاضافية . إلا أن عنوان التضاييف لا يقتضي استحالة صدق المتضاييفين على شيء واحد . كما عرفته قريباً .

وصفوة ما ذكرناه : أنه لا مانع من نقل حق الخيار الى شخص آخر من الناحية التي ذكرها المصنف قدس سره .

نعم ان الخيار المجمعول يجعل المتبايعين ، أو يجعل شرعي ترجع حقيقته - على ما حققناه في مبحث الخيارات - الى تحديد الملكية في البيع الى زمان فسخ من له الخيار . ومن الظاهر أن هذا غير قابل للنقل إلى غير من له الخيار . نعم هو قابل للاسقاط ، والانتقال إلى الوارث بأدلة الارث . وتام الكلام . وكول الى مبحث الخيارات . وبأني الكلام فيه إن شاء الله .

وأما القسم الثالث : فهو ما يقبل النقل والانتقال - كحق التحجير ونحوه - وقد عرفت اعتراض المصنف على وقوعه ثمناً في البيع ، لعدم صدق المال عليه .

ويرد عليه ما ذكرناه في أول الكتاب من أن المال ما يرغب فيه العقلاء ، ويبدلون بازائه شيئاً . ومن البين أن حق التحجير مورد لرغبة العقلاء . وتنافسهم . فيكون مالاً بالحمل الشائع . وإذن فلا محذور في جواز المعاوضة عليه من هذه الناحية .

نعم يتوجه عليه أن الحق وإن كان قابلاً للنقل والانتقال ، أو السقوط والاسقاط ، مجاناً ، أو بعوض . إلا أنه لا يمكن جعله ثمناً في البيع ، بداهة أن الحق حكم شرعي غير قابل لأن تتعلق به إضافة ملكية أو غيرها .

وقد عرفت سابقاً (١) : أن البيع لا بد فيه من التبديل : بأن يقوم أحد العوضين مقام الآخر . نعم نقل الحق أو اسقاطه فعل من أفعال المكلف . فيصح جعله ثمناً . وإذن فيملك البائع على المشتري هذا الفعل . ويلزم عليه تسليمه الى البائع بعد البيع . كما هو الحال في بقية الأفعال المجمولة ثمناً .

وقد نوقش في جعل الحق ثمناً في البيع بمناقشة اخرى . وحاصلها : أن البيع - في الواقع ونفس الأمر - ليس إلا إزالة الاضافة المالكية عن كل من العوضين ، وإيجاد اضافة اخرى مالكية فيه . وعليه فلا يمكن جعل الحق ثمناً في البيع .

والسر في ذلك أن الملكية من المفاهيم الاضافية . فأحد طرفيها قائم بالمالك ، وطرفها الآخر قائم بالملوك . ومن آثار هذه الاضافة أن يفك المالك - عند التبديل - اضافته القائمة بالمتاع ، ويجعلها قائمة بالثمن ، ويفك مالك الثمن اضافته القائمة بالثمن ، ويجعلها قائمة بالمتاع . وهذا هو البيع بالحمل الشائع . ويقابله باب الارث ، فان فيه يتبدل المالك مع بقاء المملوك على جاله .

ومن الظاهر أن التبديل في باب الحقوق من القبول الثاني . ضرورة أنه اذا جعل الحق عوضاً في معاملة كان معناه زوال الحق من ذي الحق وثبوتة لشخص آخر ، كما أن مال المورث ينتقل منه الى وارثه .

وليس معناه وقوع التبديل بين المعوض وبين متعلق الحق كالارض المحجرة مثلاً . ولا أن معناه وقوع المعاوضة بين المعوض ونفس الحق ضرورة أن الحق ليس الاضافة خالصة . ومن البديهي أن مقابلة هذه الاضافة بشيء محتاج الى اضافة اخرى

لكي يقع التبديل في تلك الاضافة . ويلزم منه التسلسل .
وعلى هذا فلا يصدق مفهوم البيع على تبديل حق بحق . ولا على تبديله بغيره .
كما أنه لا يصدق على قيام النائب مقام المنوب عنه في الجهات الراجعة إليه
- كالامامة ، والقضاة . والوزارة ، والسلطنة ، وأشباهاها - ولأجل هذه المناقشة يلزمنا
أن نمنع عن جواز تبديل حق بحق . أو تبديله بغيره ، منعاً مطلقاً : أي سواء أصدق
عليه مفهوم المال أم لم يصدق عليه ذلك . وأنت خير من بيان المانع من تبديل الحقوق ،
وجعله مئناً هو ما ذكرناه من استحالة تعلق الملكية بالحكم الشرعي . وإلا فلو أمكن
تعلقها به لم يكن مانع من تبديله ، وجعله مئناً . وبذلك تنقطع السلسلة كما في مبادلة
الأعيان والمنافع .

الملك والحق وبيان الفارق بينهما

ما هي حقيقة الملك ، وحقيقة الحق ، وما هو الفارق بينهما ؟
أن الثابت في نظام الوجود لا يخلو عن أربعة أقسام : لأنه إما واجب ، أو
ممكّن . والثاني : إما جوهر ، أو عرض ، أو أمر اعتباري قائم بنفس الاعتبار .
ولا ريب في أن الأحكام كلها من قبيل الامور الاعتبارية . سواء فيها الاحكام
الشرعية ، والعقلانية ، والوضعية ، والتكليفية ، والالزامية والترخيصية .

فمعنى الوجوب اعتبار الفعل على ذمة المكلف .

ومعنى الزوجية اعتبار كل من الزوجين عدلاً للآخر .

ومعنى الملكية اعتبار إحاطة المالك بالملوك . وعلى هذا النمط كلما ورد عليك
حكم من الأحكام .

وعليه فحقيقة الملكية إنما هي السلطنة والاحاطة : وهي مقولة بالتمسك بك على
مراتبها الأربع المتقدمة (١) ولا ريب في أن هذه السلطنة إنما تتعلق بالأعيان الخارجية

تارة ، وبالأفعال اخرى . فيقال : له السلطنة على المملكة . وهو سلطان الرعية ، والناس مسلطون على أموالهم . وزيد مسلط على الخياطة والبنابة والتكلم والكتابة ونحو ذلك من الأفعال .

وهذا بخلاف الحق والحكم ، فانها لا يتعلقان إلا بالأفعال . فيقال : يباح للإنسان أكل الخبز وشرب الماء . ويستحب له أكل الرمان ويجب على المكلف الاتيان بالصلاة الواجبة ، وترك المحرمات . ويحرم عليه شرب المسكر وأكل الرباه ، واستماع الغناء . ويكره له أكل لحم الحمير والبغال .

وأيضاً يقال : إن صاحب الخيار له حق فسخ العقد . والمرتهن له حق بيع العين المرهونة ، واستيفاء حقه من ثمنها إذا امتنع الراهن من أدائه . والزوجة لها حق المطالبة للمسكن والنفقة والمضاجعة من زوجها . والأولياء لهم حق القيام بأمور المولى عليهم . وحق المؤمن على المؤمن أن يدفع غيبته . ويقضي حاجته . ويحضر جنازته . ويكشف كرتبه . وعلى الجملة : إن الفارق بين الحق والحكم ، وبين الملك : أن الأولين لا يتعلقان إلا بالأفعال . بخلاف الملك فإنه يتعلق بالأعيان تارة وبالأفعال اخرى . وإليك ملاحظة الاستعمالات الصحيحة الفصيحة .

الحق والحكم وعدم وجود الفارق بينهما

ما هو الفارق بين الحق والحكم ؟

لا ينبغي الريب في أن الحكم والحق متحدان حقيقة ، لأن قوامهما بالاعتبار العرفي . وتوضيح ذلك : أن المجموعات الشرعية على ستة أقسام :

- ١ - التكليفي الايجابي ، كالأجبات والمحرمات .
- ٢ - التكليفي غير الايجابي . كالمستحبات والمكروهات والمباحات .
- ٣ - الوضعي الزمومي الذي يقبل الانساخت . كالبيع والاجارة والصلح ونحوها .

فانها وإن كانت لازمة في نفسها . ولكنها تنفسخ بالاقالة ونحوها .

٤ - الوضعي اللزومي الذي لا يقبل الانفساخ ، كالزواج ، فانه لا ينفسخ إلا في موارد خاصة .

٥ - الوضعي الترخيصي الذي يقبل الاسقاط ، كحق الشفعة وحق الخيار ، فلصاحب الحق أن يرفع يده عن حقه ويسقطه .

٦ - الوضعي الترخيصي الذي لا يقبل الاسقاط ، كالجواز في الهبة ، فانه حكم معمول للشارع . ولا يرتفع بالاسقاط .

وهذه الامور الاعتبارية وإن اختلفت من حيث الآثار اختلافًا واضحًا ، ولكنها تشترك في أن قوامها بالاعتبار المحض وإذن فلا وجه لتقسيم معمول الشرعي أو العقلائي إلى الحق والحكم لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما . بل كلها حكم شرعي ، أو عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصة . بناء على مسلك العدالة من تبعية الأحكام للملاكات الواقعية . نعم تختلف هذه الأحكام في الأثر - كما أشرنا إليه قريباً - اختلافًا ظاهرًا . فبعضها يقبل الاسقاط . وبعضها لا يقبله . والسفر في هذا الاختلاف هو أن زمام تلك الامور بيد الشارع حدودًا وبقائه . فقد يحكم ببقائه ، كما حكم بمجدونه ، وقد يحكم بارتفاعه ولو كان ذلك باختيار أحد المتعاملين أو كليهما . نعم المتبع في ذلك - في مقام الانيات - هو الأدلة الشرعية .

وعلى الجملة : إن الجواز واللزوم الوضعيين . كالجواز واللزوم التكليفيين ، فان جميعها من الأحكام الشرعية ولا تفاوت في ماهيتها وذواتها وإن اختلفت آثارها .

فاعطف نظرك هل ترى فارقاً بين جواز قتل المشرك - الذي يسمى حكماً شرعياً - وبين سلطنته ولي الدم على قتل القاتل الذي يسمى حقاً شرعياً ، لقبوله الاسقاط . ثم أرجع البصر كرتين هل ترى فارقاً بين حق الحضانة والابوة ، والولاية وأشباههما لا يقبل الاسقاط ، وبين حق الشفعة وحق الخيار القابلين للاسقاط ، فافهم واغتم .

ومن الغريب أن جمعاً من الفقهاء تصدوا لبيان الفارق بين الحق والحكم ، حتى أن بعضهم قد أحقّه بالبدهيّات ، زعموا منه أن الاختلاف بينهما أظهر من الشمس ، وأبين من الأمس .

وذكر جماعة : أن الحق مرتبة ضعيفة من الملسكية ، وصاحبه مالك لشيء يرجع أمره إليه ، بخلاف الحكم ، فانه مجرد جعل الرخصة في فعل شيء أو تركه ، أو الحكم بترتب أثر على فعل أو ترك .

وذكر طائفة : أن الحق ما يقبل السقوط والاسقاط ، أو النقل والانتقال ، بخلاف الحكم ، فانه لا يقبل شيئاً من هذه الامور . إلى غير ذلك مما ذكره في هذا المقام . ولكنك قد عرفت : أنه لا يرجع شيء من ذلك إلى محصل .

نعم لا مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحاً بطائفة من الأحكام : وهي التي تقبل الاسقاط ، إذ لا مشاحة في الاصطلاح . وأظن - وإن كان الظن لا يفي من الحق شيئاً - أن هذا الاطلاق صار سبباً لاختلاف العلماء في حقيقة الحق والحكم . وبيان الفارق بينهما . والله العالم .

ومما يدل على اتحاد الحق والحكم أن لفظ (الحق) في اللغة بمعنى الثبوت . ولذا يصح إطلاقه على كل أمر متقرر في وعائه المناسب له ، سواء أكان تقررأ تكوينياً أم كان اعتبارياً . وهو بهذا المعنى قد استعمل في عدة موارد من الكتاب العزيز (١)

(١) قال الله تعالى : لقد حق القول على أكثرهم (أي ثبت) يس ٣٦ : ٦ .

» » » : فحقّ علينا قول ربنا : (أي ثبت) الصافات ٣٧ : ٣٠ .

» » » : أفمن حق عليه كلمة العذاب : (أي ثبت) الزمر ٣٩ : ٢٠ .

» » » : إن الذين حققت عليهم كلمة ربك : (أي ثبتت) يونس ١٠ : ٩٦ .

» » » : ويحق الله الحق بكلماته : (أي يثبتته) يونس ١٠ : ٨٢ .

» » » : ليحق الحق ويبطل الباطل : (أي يثبت) الانفال ٨ : ٨ . —

ومن هنا يصح إطلاق كلمة (الحق) على الخبر الصادق ، لثبوت مضمونه في الواقع .
ولهذا أيضاً يطلق الحق - بقول مطلق - على الله تعالى ، لبطلان غيره في جنبه سبحانه .
ومن هنا قيل : إن أصدق شعر انشئ في الجاهلية هو قوله : (ألا كل شيء ما خلا الله
باطل) . وإذن فمفهوم الحق يعم جميع المجعولات الشرعية . بل جميع الامور الثابتة في
أي صقع من الأصقاع ، فلا وجه لتخصيصه بالاحكام فضلاً عن تخصيصه بحصة خاصة منها .

المجموع الشرعي والشك في أنه حق أو حكم

إذا شك في أن المجموع الشرعي حق اصطلاحياً يقبل الاسقاط ، أو أنه حكم
اصطلاحياً لا يقبله ، فإن كان هنا ما يدل على تعيين أحدهما بالخصوص أخذ به . وإلا فإن
كان لدليل المشكوك فيه عموم أو إطلاق أخذ بذلك ، ويثبت به كونه حكماً .

ومثال ذلك : أنه إذا شك في أن جواز أكل المارة من الشجرة التي تمر
عليها ، أو جواز الفسخ في الهبة حق أو حكم فإنه يتمسك بإطلاق ما دل على جوازها .
ويثبت بذلك كونه حكماً ، فلا يسقط بالاسقاط .

وأنه إذا شككنا في بقاء حق التحجير بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله (ص):

(من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له) (١)

وأنه إذا شككنا في بقاء حق القصاص بعد إسقاطه رجعنا إلى إطلاق قوله
تعالى : (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) (٢) . ومع عدم الإطلاق في ذلك

— قال الله تعالى : كذلك حقاً علينا ننجح المؤمنين : (أي ثابتاً) يونس

١٠ : ١٠٣ .

» » » : وكان حقاً علينا نصر المؤمنين : (أي ثابتاً) الروم ٣٠ : ٤٦ .

إلى غير ذلك من الآيات المتظافرة .

(١) قد أشرنا إلى مصادر الحديث في ص ٦ .

(٢) الاسراء ١٧ : ٣٥

رجعنا إلى الآيات (١) والروايات (٢) الدالة على حرمة قتل النفس المحترمة .

وإن لم يكن هناك عموم أو اطلاق فإن قلنا بجرمان الاستصعاب في الشبهات الحكيمة استصحبنا الجواز المشكوك فيه بعد إسقاطه . ونحز بذلك كونه حكماً . وإلا فيرجع إلى ما يقتضيه سائر الأصول اللفظية أو العملية . فقد تكون نتيجة ذلك السقوط بالاسقاط . فيكون حقاً .

وعليه فإذا شك في أن حق الشفعة وحق الخيار من قبيل الحقوق ، أو من قبيل الأحكام لم يجز إعمالها بعد الاسقاط ، لعدم الاطلاق فيما دل على ثبوتها لدى الخيار والشفيع . وإذن فإن قلنا بجرمان الاستصعاب في الشبهات الحكيمة رجعنا إليه . وإلا فإن العمومات الدالة على حرمة أكل مال الناس من دون رضاه محكمة .

وإذا شك في حق أنه يقبل الانتقال إلى الوارث أولاً - كحق الحضانة والولاية وأمثالها - فإن كان هناك دليل على قبوله النقل فإنه يحكم بقبوله الانتقال أيضاً ، إذ يستكشف من ذلك عدم وجود الخصوصية لمورد المشكوك فيه . وإلا فإنه يحكم بعدم انتقاله . ويأتي تفصيل ذلك في مبحث أحكام الخيار .

وإذا شكنا فيما يطلق عليه الحق اصطلاحاً أنه يقبل النقل أولاً فإن الأصل عدم قبوله إياه ، إذ الظاهر من الأدلة المثبتة لذلك هو اختصاصه بذي الحق فقط . فثبوته لغيره يحتاج إلى دليل .

ودعوى أن الأصل جواز نقله تمسكاً بالعمومات الدالة على صحة العقود ونفوذها

(١) قال الله سبحانه : وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ . النساء : ٤ : ٩٤ .

» » » : ومن يقتل مؤمناً متعمداً جزاؤه جهنم خالداً فيها . النساء : ٤ : ٩٥ .

» » » : ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق . الانعام : ٦ : ١٥٢ .

(٢) الروية في فروع الكافي ج ٢ ص ٣١٥ ، ٣١٦ . والتهذيب ج ٢ ص ٤٩١ ،

دعوى جزافية ، فان تلك العمومات ناظرة إلى بيان الحكم الوضعي : وهو إمضاء المعاملات العرفية : أعني بها ما يكون مورد المعاملة فيها قابلاً للانتقال إلى غيره . ومع الشك في ذلك كان التمسك بتلك العمومات تمسكاً بها في الشبهة المصدقية . وقد ثبت في محله عدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصدقية .

وإلى هنا وقف القلم في مبحث الحق والحكم . والله ولي التوفيق ، وعليه التوكل ، وبه الاعتصام .

مفهوم الانشاء وتعريفه

قوله : (فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال) . أقول : إن واقع الانشاء المقابل للأخبار وإن كان من الأمور الواضحة التي يعرفها الصبيان والمجانين حسب مرتكزاتهم فضلاً عن البالغين ، إلا أنه وقع الكلام في حقيقته وفيما به يمتاز عن الأخبار . فالعروف بين العلماء : أن الانشاء إيجاد المعنى باللفظ .

ولكن هذا التعريف مزيف ، لأننا ذكرنا في مبحث المشتقات من مدخل علم الأصول : أن المراد من إيجاد المعنى باللفظ إما إيجاد خارجي ، أو إيجاد اعتباري : أما الإيجاد الخارجي فهو ضروري البطلان ، بدهاة أن الموجودات الخارجية برمتها مستندة إلى عللها الخاصة ، وأسبابها المعينة ، ومقدماتها العددية ، ومن الواضح الذي لا ريب فيه أن اللفظ أجنبي عنها .

نعم قد يكون بعض الألفاظ من مبادئ الوجود الخارجي ، كالكلام الغنيب المؤثر في إصفرار وجه الرجل . إلا أن هذا غريب عن إيجاد المعنى باللفظ في نظام الوجود . كما يبعد عن إيجاد المعنى باللفظ ما هو المعروف بين أهل المعقول من أن اللفظ وجود للمعنى في عالم اللفظ . ووجه البعد : أن ذلك لا يختص بالجل الانشائية . بل يعم الجل الخبرية والمفردات أيضاً .

وأما الایجاد الاعتباری فان كان المراد به وجوده في نفس المتكلم فهو واضح الفساد ، فان الاعتبار النفساني من أفعال النفس ، ومن المعلوم أن أفعال النفس توجد فيها بفاعليتها بلا احتياج الى عالم الألفاظ أصلاً ورأساً .

وإن كان المراد من الایجاد الاعتباري وجود المعنى في اعتبار العقلاء فيتوجه عليه أن الانشاء وإن كان موضوعاً لاعتبار العقلاء . إلا أن هذا الاعتبار مترتب على تحقق الانشاء في الخارج . وكلامنا في تصوير حقيقته ، سواء أكان ذلك مورداً لاعتبار العقلاء أو الشرع ، أم لم يكن ،

وعلى الجملة : إننا نعقل معنى محضاً لتعريف الانشاء بإيجاد المعنى باللفظ ، سواء في ذلك الایجاد الاعتباري والایجاد الخارجي .

والتحقيق : أن الانشاء إبراز الاعتبار النفساني بمرز خارجي . كما أن الخبر إبراز قصد الحكاية عن الثبوت أو السلب بالمظهر الخارجي .

والسر في ذلك أنا ذكرنا في مبحث الوضع من مدخل علم الاصول : أن حقيقة الوضع هي التعهد والالتزام النفسي بجعل لفظ خاص ، أو هيئة خاصة مبرزاً لقصد تفهيم أمر تعلق غرض المتكلم بتفهيمة . ومن البديهي أن هذا المعنى أمر اختياري لكل من التزم بذلك وتعهد به . والارتباط الحاصل بين الدال والمدلول أمر قهري ومنزوع من الالتزام المذكور .

ولا يخفى على الفطن العارف أن هذا المعنى للوضع موافق للوجدان والنطق السليم ، والارتكاز العقلائي ، والفهم العرفي ، والمعنى اللغوي ، بديهية أن الوضع في اللغة بمعنى الجعل والافرار والاثبات وما يراد منها من ألفاظ أية لغة كانت . وعليه فالتزام المتكلم بإبراز مقاصده - عند التفهيم - بالألفاظ الخاصة نوع من الوضع . ومن هنا يطلق الواضع على مقنن القوانين في المحاكم العرفية .

وعلى هذا النهج فكل من تعهد بإبراز مقاصده بالألفاظ المتداولة بين أهل اللسان

- لتفهم أمر تعلق به غرضه - فهو واضح حقيقة . نهاية الأمر أن إطلاق الواضع على الجاعل الاول إنما هو لسبق زمانه ، وقدم عهده . ولا فارق فيما ذكرناه بين الجمل الخبرية والجمل الانشائية ، وغيرهما من الألفاظ المفردة والمركبة التي هي من الامارات الجمالية . نعم تفرق الجمل الانشائية عن الجمل الخبرية بأن الجمل الانشائية إنما وضعت بهيئاتها الانشائية لابرز أمر ما من الامور النفسانية : وهذا الأمر النفساني قد يكون اعتباراً من الاعتبارات ، كما في الأمر والنهي والعقود والايقاعات . وقد يكون صفة من الصفات ، كما في التمني والترجي . ولأجل ذلك أن الجمل الانشائية لاتتصف بالصدق تارة وبالكذب أخرى . إذ ليس في موارد خارج تطابقه النسبة الكلامية ، أو لاتطابقه . وهذا بخلاف الجمل الخبرية ، فانها موضوعة لابرز قصد الحكاية عن الثبوت أو السلب . وعليه فالهيات التركيبية للجمل الخبرية أمانة على قصد المتكلم للحكاية عن النسبة ، وهذه الحكاية قد تطابق الواقع فتكون الجملة صادقة ، وقد تخالفه فتكون كاذبة . وقد اتضح لك مما ذكرناه أن المتصف بدءاً بالصدق والكذب - في الجمل الخبرية - إنما هو الحكاية عن الواقع . وأما اتصاف الجملة الخبرية بهما إنما هو من قبيل وصف الشيء . بحال متعلقه .

والتحصل مما بيناه أن استعمال اللفظ في المعنى ليس إلا إظهار المقاصد النفسانية ببرز خارجي سواء في ذلك الجمل وغيرها . وإذن فالانشاء من مصاديق استعمال اللفظ في المعنى بلا ارتباط له بإيجاد المعنى باللفظ .

حقيقة البيع وتعريفه

لابخني على الناقد البصير أن البيع ليس إنشاءً ساذجاً - وإن علم عدم تحقق الاعتبار النفساني - وإلا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل والساهي والنائم والسكران وأمثالهم ، ولا أنه صرف الاعتبار النفساني - وإن لم يقترن به المظهر الخارجي -

وإلا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفساني المحض من دون إبرازه بمبرز خارجي . وهو باطل بالضرورة .

بل حقيقة البيع هي الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي ، سواء أكان ذلك محضي للشارع أو للعقلاء أم لم يكن كذلك . وعليه فإذا اعتبر أحد تبديل ماله بمال غيره في أفق نفسه ، ثم أظهر ذلك بمبرز خارجي صدق عليه مفهوم البيع جزماً . وكذلك الحال في سائر الأمور الإنشائية من العقود والابقاعات ، والأوامر والنواهي ، فان معنى الأمر - مثلاً - ليس إنشاءً خالصاً ، ولا اعتباراً ساذجاً . بل هو الاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي .

وإذا اطلعت على ما ذكرناه في معنى الانشاء ، ولاحظت ما بيناه في معنى المبادلة (١) جاز لك تعريف البيع بأنه إنشاء تبديل شيء من الأعيان بعوض في جهة الاضافة . ولا يتوجه عليه لزوم أخذ الانشاء في المنشأ . كما سجله المصنف على ما ذكره المحقق الثاني من أن البيع نقل العين بالصيغة المخصوصة . وذلك لأن هذه المناقشة واضحة الدفع نقضاً وحلاً ، وسيأتي قريباً .

قوله : (ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية ، ولا مقشعية بل هو باق على معناه العرفي) . أقول : قد عرف الفقهاء البيع بتعاريف شتى غير ما ذكرناه :

١ - ما ذكره الشيخ في المبسوط ، والعلامة في التذكرة من أن البيع انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي . ورماه المصنف إلى التسامح الواضح ، ولم يبين سره . واهل الوجه فيه أن الانتقال أثر للبيع ، فلا يسوغ تعريف الشيء بأثره . إلا على سبيل العناية والمجاز .

وأضف إلى ذلك أن البيع أمر قائم بالبائع ، كالتملك والتبديل . والانتقال

صفة للعوضين ، فلا وجه لتعريف البيع بذلك . نعم لا بأس بتوصيفه بالانتقال مجازاً ، لأن ذلك من قبيل توصيف الشيء بحال متعلقه (١) .

٢ — ما أشتهر بين الفقهاء من أن البيع هو الإيجاب والقبول الدالين على الانتقال . وناقش فيه المصنف (ره) بأن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ ، فلا وجه لتفسيره به . على أن البيع ينشأ باللفظ . ولا معنى لإنشاء الإيجاب والقبول باللفظ . ولكن هذه المناقشة متوجهة إلى تعريف المصنف أيضاً ، لأنه أخذ الإنشاء في تعريف البيع . وسيأتي قريباً . قيل :

إن اللفظ سبب والبيع مسبب . فيستحيل تعريف المسبب بسببه . ويرد عليه : أن البيع ليس من الأمور التوليدية لكي يتسبب إليه بالألفاظ ، ويضاف إليه أن من عرف البيع بالتعريف المذكور فقد التزم بكونه اسماً للسبب دون السبب .

٣ — ما حكى عن المحقق الكركي في جامع المقاصد من أن البيع نقل العين بالصيغة المحصورة .

وناقش فيه المصنف ، وحاصل مناقشته : أنه إن كان غرض المحقق الثاني من هذا التعريف أن البيع نقل العين المنشأ بالصيغة المحصورة فيرد عليه : أن النقل بنفسه وإن كان أمراً يمكن إنشاؤه بالصيغة . إلا أن النقل مقيداً بكونه منشأ بالصيغة غير قابل لتعلق الإنشاء به . وهو ظاهر .

وإن كان غرضه من ذلك أن البيع نفس النقل الخاص المرادف للبيع ، وجعله

(١) ربما يناقش في هذا التعريف بما ذكره في الجواهر من أن البيع فعل ، فلا يكون انتقالاً . وفيه أن البيع وإن كان من الفعل بمعناه اللغوي . إلا أنه أمر اعتباري صرف . ومن الواضح أن الأمور الاعتبارية غير داخلة تحت مقولة الفعل بمعناها المصطلح المبائة لمقولة الانفعال .

مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل الذي تكون الصيغة سبباً له . لا أن يكون التقييد مأخوذاً في مفهوم البيع لكي يكون مدلول بعث نقلت بالصيغة ، وإن كان غرضه هذا فإن أراد من الصيغة خصوص كلمة بعث فقد لزم منه الدور ، إذ الغرض من التعريف معرفة مادة بعث ، فلا يمكن تعريف تلك المادة بما يشمل عليها . وإن أراد من الصيغة ما هو الأعم من كلمة بعث وجب الاقتصار على مجرد النقل والتملك . والجواب عن ذلك : أن لفظ البيع - على ما تقدم بيانه قريباً - لم يوضع للاعتبار النفساني الصرف : أعني به اعتبار التبديل بين المالين . كما أنه لم يوضع لمجرد الانشاء من دون أن يكون هناك اعتبار نفسي . بل هو موضوع للاعتبار المبرز في الخارج بمرز ما . وهذا المعنى كما يمكن أن يتحقق بغير صيغة بعث من الألفاظ الكاشفة عن اعتبار التبديل بين العوض والمعوض . كذلك يمكن أن يتحقق بصيغة بعث .

وهذا نظير لفظ الاذن والاجازة وغيرها مما وضع لإبراز الرضا النفسي بمرز ما ، فانه كما يمكن إبراز الرضا بلفظ آخر ينطبق عليه مفهوم الاذن . كذلك يمكن إبرازه بلفظ الاذن أيضاً . فاذا قال : أذنت لك في أن تفعل كذا فقد أبرز رضاه بهذه اللفظة ، ويكون ذلك مصداقاً للاذن في الخارج .

وعلى الجملة : لا مانع من أن يكون البيع اسماً للنقل بالصيغة المخصوصة . ومعه فكما يمكن إنشاء البيع بسائر الصيغ كذلك يمكن إنشاؤه أيضاً بصيغة بعث . ولا يفرق في ذلك بين القول : بأن الانشاء إيجاد المعنى باللفظ - كما هو المشهور - وبين القول : بأنه إظهار ما في النفس من الاعتبار ، كما هو المختار عندنا .

ويضاف إلى ذلك : أن ما وجه المصنف على المحقق الثاني يتوجه على تعريفه حذو النعل بالنعل ، والقعدة بالقعدة ، لأن المصنف (ره) قد عرف البيع - وسيأتي - بأنه إنشاء تملك عين بمال ومن الواضح أن إنشاء التملك ليس إلا إنشاء البيع بالصيغة المخصوصة . نعم يتوجه على التعريف المزبور أمران ، وقد تعرض لهما المصنف :

١ - أن لفظ النقل ليس مرادفاً للبيع . بل هو من الكنايات . وقد ثبت في محله أنه لا يجوز استعمال الألفاظ الكنائية في التعاريف .
 ٢ - أن التعريف المذكور غير جامع لأفراد المحدود ، بداهة أن المعاوضة بيع عند المحقق الثاني ، مع أنها لم تنشأ بالصيغة أصلاً فضلاً عن الصيغة المحصورة .
 ٤ - ما حكى عن الحلبي من أن البيع عقد يقتضي استحقاق التصرف في المبيع والتمن . ويرد عليه وجوه :

١ - أن العقد مركب من الإيجاب والقبول . وإذن فيتوجه على هذا التعريف ما يتوجه على تعريف البيع بالإيجاب والقبول .

٢ - أن هذا التعريف لا يشمل البيع الفاسد ، لأنه لا يقتضي استحقاق التصرف في العوضين . مع أنه يبيع جزئاً . وعليه فلا يكون جامعاً لأفراد المحدود .

٣ - أن التعريف المذكور مشتمل على الدور ، لمكان ذكر المبيع فيه ، بداهة أن الغرض منه معرفة مادة بعث . ومن الواضح أن ذكر ما يقتطف منها في تعريفها دور واضح

٥ - ما ذكره المصنف من أن البيع إنشاء تملك عين بمال . ويتوجه عليه وجوه :

١ - أن لفظ العين يشمل الأعيان المتمولة وغيرها . مع أنه (هـ) اعتبر المالية في العوضين . فلا يكون تعريفه هذا مانعاً عن دخول الأعيان في المحدود .

٢ - أنه لو كان البيع إنشاء تملك عين بمال لزم منه أن يكون التبديل فيه في الإضافة للملكية فقط . وقد عرفت خلاف ذلك فيما تقدم (١) وقلنا : إن البيع تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة . لافي الإضافة للملكية ولا في الإضافة المالية .

٣ - أنه لا دليل على اعتبار المالية في التمّن . وإنما المناط في تحقق مفهوم البيع صدق عنوان المعاوضة عليه . وقد مرّ تفصيل ذلك فيما سبق (٢) كما اتضح لك إن

الصحيح هو ما ذكرناه في تعريف البيع من أنه إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الإضافة .

أوهام حول تعريف البيع

قوله : (ولا يلزم عليه شيء مما تقدم . نعم يبقى عليه أمور) أقول : بعدما عرف المصنف البيع بإنشاء تملك عين بمال تصدى لذكر جملة من النقوض المتوجهة على التعريف المزبور . والجواب عنها . ويحسن بنا التعرض لتلك النقوض وأجوبتها تأسياً له (ره) . منها :

١ - أن تعريف البيع بإنشاء تملك عين بمال موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت . وإلا لم يكن التملك مرادفاً للبيع .

وقد أجاب عنه المصنف بصحة الإيجاب بلفظ ملكت : لأن التملك بالعوض ليس معنى آخر غير البيع . وقد صرح بذلك أيضاً في البحث عن ألفاظ العقود . وسيأتي . والتحقيق : أنه لا ريب في جواز إنشاء البيع بلفظ ملكت . ولكن هذا بعيد عن قضية مرادفة التملك للبيع . ضرورة أنه ربما يتحقق مفهوم البيع ولا يكون هناك تملك أصلاً . ومثال ذلك : أنه إذا أوصى أحد بصرف ماله في سبيل الله ، ونص على عدم صبروته ملكاً لأحد ، فانه إذا بيع المال المزبور - لكي يصرف ثمنه في قربات الله - لم يقع التبديل بين العوضين في الإضافة الملكية . بل في إضافة أخرى غيرها (١) .

وأضف إلى ذلك أن الانشاء بصيغة ملكت إنما يصح فيما إذا كان المشتري أصيلاً . وأما إذا كان فضولياً ، أو أحد الأولياء من قبل الأشخاص المحجورين فانه لا يصح خطابه بلفظ ملكت . بل لا بد حينئذ من إنشاء البيع بلفظ آخر غير لفظ ملكت . ومن النقوض .

٢ أنه إذا كان البيع إنشاء تملك عين بمال لم يشمل ذلك بيع الدين ممن هو عليه ، إذ الانسان لا يملك مالا على نفسه .

(١) قد تقدم تفصيل ذلك في ص ٢٣ .

وأجاب عنه المصنف بوجهين . وحاصل الوجه الأول : أنه يمكن أن يتملك الانسان مالا على نفسه . وتكون نتيجة سقوط ذلك المال عن ذمته . ونظير ذلك : أن يكون أحد مديونا لغيره ديناراً واشترى الدائن متاعاً من المديون بدينار كلي في الذمة فان الدينارين يسقطان بالتهاتر .

وحاصل الوجه الثاني : أنه إذا لم يعقل تملك الانسان لما في ذمته لم يعقل بيعه أيضاً ، إذ ليس للبيع لغة وعرفاً معنى غير المبادلة والنقل والتملك ، وما يساويها من الالفاظ سواء أكانت من اللغة العربية أم كانت من غيرها ومن هذه الناحية قال فخر المحققين : (إن معنى بعث في لغة العرب ملكت غيري ، فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها فلا يعقل البيع) .

والتحقيق : أنه لا بأس بما ذكره في الوجه الثاني . وأما الوجه الاول فيرد عليه أنه إذا صح ملك الانسان لما في ذمته حدوثاً صح ذلك بقاء أيضاً ، بديهية أن الموانع العقلية لا يفرق فيها بين الحدوث والبقاء . إلا إذا كان المانع عن البقاء هو الحكم الشرعي ، كما في شراء العمودين فانه حينئذ لا بأس من الالتزام بالملكية الآتية حدوثاً لا بقاء . ولكن هذا فيما إذا كان ملك الانسان لما في ذمته بالملكية الاعتبارية لا بالملكية الذاتية .

وقد عرفت ذلك سابقاً في البحث عن أقسام الحقوق وستعرفه قريباً عند الجواب عن النقض (١) .

(١) قد أجاب المحقق الناعمي عن النقض المذكور في المتن وإليك نص مقرر بحثه : (فالصواب أن يقال : يبيع الدين على من هو عليه وإن كان صحيحاً ، إلا أن البيع لم يقع على ما في الذمة بقيد كونه في الذمة ليكون من قبيل مالكية الشخص لما في ذمته . وذلك لأنه بهذا القيد لا يمكن تحققه في الخارج . ولا شبهة أنه يعتبر في المبيع أن يكون من الأعيان الخارجية . بل يقع البيع على الكلي : —

والتحقيق : أن مالكية الانسان لدمته أمر ذاتي تكويني من غير أن يحتاج إلى الثبوت الاعتباري ، بديهة أن الثبوت الاعتباري إنما يصح فيما إذا لم يكن هناك ثبوت تكويني حقيقي . وإلا لكان الاعتبار لغواً محضاً ، وتحصيلاً للحاصل . وعليه فإذا ملك شخص شيئاً في ذمة غيره فقد ملكه بالملكية الاعتبارية . وإذا انتقل ذلك المملوك إلى المملوك عليه تبذلت الملكية الاعتبارية بالملكية الذاتية التكوينية ، لما عرفته من لغوية الثبوت الاعتباري في موارد الثبوت الحقيقي . وإذن فلا مجال

— وهو من من الحنطة - مثلاً - فيصير المشتري : أعني المديون مالكاً لذلك الكلي على البائع . وحيث إن البائع كان مالكاً لمن من الحنطة على ذمة المديون : وهو المشتري فينتطبق ما على البائع على ما كان له على المديون المشتري . فيوجب سقوط ذمة كليها . وهذا وإن لم يكن من التهاثر حقيقة ، إلا أنه أشبه شيء به . منية الطالب ج ١ ص ٤٣ .

ويتوجه عليه : أن نتيجة ذلك البيع وإن كانت متحدة مع نتيجة بيع الدين ممن هو عليه ، إلا أن كلا مذهباً أجنبي عن الآخر ، فإن المبيع في بيع الدين من غير من هو عليه هو بعينه المبيع في بيع الدين ممن هو عليه ، فكما أن المبيع فيما إذا كان المشتري غير من يكون الدين عليه إنما هو الكلي في ذمة المديون . كذلك المبيع فيما إذا كان المشتري هو المديون .

وأما ما ذكره من أن الكلي المقيد بالذمة لا يقع عليه البيع ، لأنه بهذا القيد لا يوجد في الخارج فيتوجه عليه :

أن الكلي مالم يضاف إلى الخارج أو إلى ذمة شخص لا يتعلق به اعتبار الملكية . وبما أن الكلي في بيع الدين ممن هو عليه أو من غيره ليس هو الكلي الخارجي فلا مزا عن إضافته إلى الذمة . ولكن هذا الكلي غير مقيد بالذمة لكي يستحيل صدقه على الخارج . بل الذمة ظرف له : بمعنى أن المطالب والمترزم بدفع الكلي هو المديون . وقد تقدم في ص ١٧ ما يوضحك معنى بيع الكلي في الذمة .

أوهام حول تعريف البيع

للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه باستحالة ملك الانسان لما في ذاته . كما لا مجال لتوهم سقوط ذلك بعد التملك . بل يوجب البيع تبدل الاضافة الاعتبارية بالاضافة الذاتية . فالحجر الاساسي للمناقشة في بيع الدين ممن هو عليه إنما هو خلط الملكية الذاتية بالملكية الاعتبارية . وقد علمت الفارق بينهما . ومن النقوض :

٣ — أن تعريف البيع بانشاء التملك الخ يشمل التملك بالمعاطاة . مع أن المشهور بين الأصحاب أن المعاطاة ليست يبيع . بل ادعى بعضهم الاجماع على ذلك . وإذن فينتقض ذلك التعريف بالمعاطاة .

ويرد عليه : أن المعاطاة بيع حقيقة لغة وعرفاً . وأن غرض النافين إنما هو نفي الصحة أو اللزوم عن البيع المعاطاتي . والذي بوضح ذلك أنه لاوجه لدعوى الاجماع على عدم كونها بيعاً . لأن صدق مفهوم البيع عليها أمر عرفي ولا معنى لقيام الاجماع التعبدي على أمثال ذلك . وإنما مورد الاجماع التعبدي هو المسألة الشرعية ويضاف إلى ذلك أن جماً غفيراً من اكابر الفقهاء ذهبوا إلى ان المعاطاة بيع صحيح . بل جملة من المحققين ذهبوا إلى كونها بيعاً لازماً . ومع ذلك كيف يمكن دعوى الاجماع على عدم كونه بيعاً ومن النقوض .

٤ — انه إذا كان البيع إنشاء تملك عين بمال انتقض منعه بالشراء ، فان المشتري يقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع .

واجاب عنه المصنف واليك نصه (وفيه ان التملك فيه ضمني وأما حقيقته التملك بعوض ... وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث ان الاستئجار يتضمن تملك العين بمال : اعني المنفعة .

ولكننا لم نفهم معنى محصلاً للتملك الضمني اذ يرد عليه اولاً انه ان كان مراده من التملك الضمني التملك التبعي : (بمعنى ان البائع يملك ماله للمشتري اولاً ويملك المشتري ماله للبائع ثانياً) فيرد عليه : ان لازم ذلك ان ينعكس الامر فيما اذا

تقدم القبول على الإيجاب : بأن يكون التملك من ناحية المشتري أولاً ، والبيع من ناحية البائع ثانياً .

وان كان مراده من التملك الضمني : ان الفاظ الإيجاب والقبول إنما تدل بالدلالة المطابقة على تملك المشتري ماله للبائع ، سواء في ذلك تقدم القبول على الإيجاب وعدمه ، ان كان مراده هذا فيرد عليه : ان هذا يرجع الى جهة الدلالة ، ومقام الاثبات . فلا يوجب فرقاً بين التملكين لياً ، وفي مقام الثبوت ، بداهة ان البيع تبديل شيء بشيء في جهة الاضافة . ومن الضروري انه يستحيل تحقق التبديل بين شيئين الا ان ينتقل كل منهما الى محل الآخر في آن واحد ، وفي مرتبة واحدة . وعليه ، فلا يعقل وجود التملك من ناحية البائع إلا في آن وجود التملك من ناحية المشتري .

وبتعبير آخر : أن البائع إنما ينشيء التبديل بين الثمن والمثل في جهة الاضافة في مرتبة واحدة . نعم يشترط رضا المشتري وقبوله لفعول البائع في تحقق عنوان التبديل ، ونتيجة ذلك : أن التملكين (تملك البائع و تملك المشتري) يتحققان في مرتبة واحدة . وإذن فلا أصالة ولا تبعية في المقام .

وأضف إلى ذلك : أننا سلمنا كون التملك من ناحية البائع أصلياً استقلالياً ، ومن ناحية المشتري ضمناً تبعياً . الا أن اطلاق التعريف شامل لكلا التملكين واذن فلا وجه لصرفه عن الثاني ، وحصره في الأول . قيل :

ان مفهوم البيع يوجد بالإيجاب الساذج ، ويتحقق به التملك والتملك في عالم الاعتبار . وعليه فلا يبقى مجال لتملك المشتري اذكي ينتقض به تعريف البيع . واذن فلا شأن للمشتري الا قبول الإيجاب من البائع ونسبة فعله الى نفسه فتكون منزلة القبول في البيع منزلة الامضاء في المعاملات الهضولية

وفيه أن قبول الإيجاب وان كان شرطاً في البيع ، لا جزء . قوماً له الا أن شروط البيع على ثلاثة أقسام :

- ١ - أن يكون شرطاً لامضاء الشارع .
- ٢ - أن يكون شرطاً لامضاء العقلاء .
- ٣ - أن يكون شرطاً لأصل الاعتبار : بأن يدور عليه مفهوم البيع وجوداً وهدماً . ومن الواضح أن تعقب الايجاب بالقبول من القليل الثالث . بداهة انتفاء حقيقة البيع بانتفاء القبول . فكما ان التمليك والتملك يستندان الى البائع كذلك يستندان الى المشتري . ومن النقوض :
- ٥ - أنه اذا كان البيع انشاءً تمليك عين بمال انتقض طرده بالصلح على مالك عين بمال ويتوجه عليه وجود :

١ - أن مفهوم الصلح هو التسالم ، ويعبر عنه في لغة الفارس بلفظ (سازش وساز كلري) وعليه فالدلول المطابقي لكلمة الصلح انما هو انشاء التسالم على أمر معلوم . ومن الظاهر أن هذا العنوان يعاثر عناوين سائر العقود ، اذ المنشأ فيها (اولا وبالذات) عنوان آخر غير عنوان التسالم ، بديهية ان كل معاملة وان كانت لاتصدر الا عن تسالم بين الطرفين على تلك المعاملة . لكنه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس هذا العنوان . فكم فرق بين انشاء الصلح ، وبين معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين .

نعم ان نتيجة انشاء الصلح بمقده قد تكون تمليك عين بعوض ، فتتحد مع نتيجة البيع . وقد تكون تمليك عين مجاناً فتتحد مع نتيجة الهبة . وقد تكون تمليك منفعة بعوض فتتحد مع نتيجة الاجارة . وقد تكون تمليك منفعة مجاناً ، فتتحد مع نتيجة العارية . وقد تكون نتيجة الصلح غير ذلك من الأمور : كما إذا كان الصلح على حق غير قابل للبيع ، أو على إسقاط لحق الدعوى . وعلى كل حال لا يكون الصلح مصداقاً للبيع ، ولا لغيره من العقود .

ومما يدل على مغايرة البيع والصلح مفهومهما هو أن الصلح - كما عرفته قريباً -

التسالم . ومن الواضح أن مفهوم التسالم يستحيل تعلقه بالأعيان . بل لا بد وأن يتعلق ذلك إما بالفعل - كالاتساق والعمو والتملك وأشباهاها - أو بالحكم الوضعي كالملاكية ونحوها . بخلاف البيع ، فإنه تبديل شيء من الأعيان بعوض (١) .

ومن هنا أن الصلح يتعدى إلى متعلقه بلفظ (عن أو على) فيقال : صلحتك عما علم بما علم . أو يقال : صلحتك على أن يكون هذا لك وذلك لي . بخلاف البيع ، فإنه يتعدى إلى متعلقه بنفسه ، فيقال : بعثت المتاع الفلاني بكذا . فيستوضح من ذلك : أن مفهوم أحدهما غير مفهوم الآخر .

وعلى الجملة : إن مفهوم التسالم وإن صدق على جميع العقود حتى النكاح ، إلا أن المنشأ في كل عقد بدء غير ما هو المنشأ في الصلح . وإذن فلا سبيل إلى انتقاض تعريف البيع بالصلح ، لأنها متغايران مفهومًا (٢) ومن النقوض :

(١) قد تقدم تفصيل ذلك في ص ٢٣ .

(٢) ذكر المصنف (ره) : أنه (وقد يتعلق الصلح) بتقرير أمر بين المتصلحين كما في قول أحد الشركين لصاحبه : صلحتك على أن يكون الربح لك والخسران عليك . فيفيد مجرد التقرير .

أقول : يمكن أن يكون نظره في ذلك إلى حسنة الحلبي عن الصادق (ع) في رجلين اشتركا في مال فربحاً فيه وكان من المال دين . (وفي التهذيب : وكان المال حيناً ودينياً ، ولم يقل : وعليها دين) وعليها دين فقال أحدهما لصاحبه : أعطني رأس المال . ولك الربح ، وعليك التوى (الهلاك) فقال : لا بأس إذا اشترطاً فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله عز وجل .

فروع المكافي ج ١ ص ٤٠٣ . والوافي ج ١٠ ص ١٢٦ . والتهذيب ج ٢ ص ١٦٨ . والوسائل ج ٢ باب ٤ من أبواب أحكام الصلح .

فان هذه الرواية لا تخلو عن الأشعار بنفوذ الصلح في أمثاله الموارد . ويمكن أن يكون نظره إلى إطلاق مادل على نفوذ الصلح بين المسلمين ، كرواية حفص بن —

٦ — أنه إذا كان البيع تملك عين بمال انتقض طرده بالهبة المعوضة .
والتحقيق : أن الهبة على ثلاثة أقسام :

١ — أن تكون مجانياً من غير أن تقابل بالعوض سواء أكان ذلك بالاشتراط أم بآراة المتب .

٢ — أن لا يشترط الواهب عوضاً في هبته إلا أن التبرع على العوض من تلقاء نفسه قضية لمقابلة الاحسان بالاحسان .

٣ — أن يشترط الواهب عوضاً في هبته بأن يهب شيئاً للمتب ويشترط عليه فعلاً من الافعال . ويسمى هذا هبة معوضة . وقد توهم انتقاض تعريف البيع بذلك . ويتوجه عليه ما ذكره المصنف وتوضيحه : أن حقيقة الهبة متقومة بتمليك الواهب ماله للمتب تملكاً مجانياً من دون أن يعتبر العوض في ماهيتها . نهاية الأمر أنه قد يشترط فيها العوض ، فتسمى هبة معوضة . ومن الظاهر أن اشتراط العوض فيها لا يخرجها عن حقيقتها ، إذ الشرط ليس عوضاً لتمليك ، ولا بدلاً عن المال الموهوب بل شأن العوض المشروط في الهبة شأن سائر الشروط المشروطة في بقية العقود . والشاهد على صدق مقالنا : أنه لو تخلف المتب عن العمل بالشرط لم تبطل الهبة . بل يثبت للواهب خيار تخلف الشرط .

ويتضح ما ذكرناه وضوحاً جلياً بملاحظة التعويض غير المشروط في ضمن الهبة الأولى الصادرة من الواهب ، بداهة أن التعويض الصادر من المتب هبة أخرى غير دخيلة في حقيقة الهبة الأولى الصادرة من الواهب . فيستكشف من ذلك أن حقيقة الهبة متقومة بالتمليك المجاني وهذا بخلاف البيع ، فإنه متقوم باعتبار التبديل بين العوض

— البخفري الضعيف عن الصادق (ع) قال : الصلح جائز بين المسلمين . وكرسالة الفقيه عن رسول الله (ص) الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً الوافى ج ١٠ ص ١٢١ . والوسائل باب ٣ من أبواب أحكام الصلح .

والمعرض ، وإظهاره ببرز خارجي . وعليه فيستحيل تحقق مفهوم البيع بتملك البائع فقط ، أو بتملك المشتري فقط (١) .

(١) ربما يتوهم انتقاض التعريف بقسم آخر للهبة المعوضة الذي لم يتعرض له المصنف : وهو أن يبب الواهب ماله لهتهب على أن تكون داره - مثلاً - للواهب بموان شرط النتيجة .

ولكنه أيضاً أجنبي عن حد البيع ، بداهة أن الدار وإن صارت ملكاً للواهب بقبول المهتهب الهبة . إلا أن ذلك من ناحية الشرط دون العقد . ولذا لو فرض فساد الشرط - لعدم كون الدار ملكاً للمشروط عليه ، أو من جهة أخرى - لم تبطل الهبة بناء على ما هو المشهور بين الأصحاب من أن فساد الشرط لا يسري إلى العقد . وهذا بخلاف البيع ، فإن العوض فيه يصير ملكاً للبائع بنفس العقد . لا من قبل الشرط .

ثم إنه لا وجه لما ذكره المصنف (ره) من حصر تملك العين بالعوض في البيع . وتحقيق ذلك في نواحي شتى :

١ - ما أفاده المصنف من أنه لا معنى للرجوع إلى الأصل بعد انحصار التملك بالعوض في البيع ، وعدم صدقه على غيره .

وفيه أن التملك بالعوض غير منحصر في البيع ، بل له صنف آخر غير البيع ، كتبديل عرض بعرض ، أو نقد بنقد ، أو منفعة بمنفعة من دون أن يجمل أحد العوضين ثمناً والآخر مثنماً ، فإن ذلك خارج عن حدود البيع ، وإنما هو قسم خاص من المعاملات المعاوضة . وتدل على صحته آية التجارة عن تراض . النساء ٤ : ٣٣

٢ - أنه إذا وجدت معاملة في الخارج وشك في أنها بيع أو غيره حملت على البيع ، لغلبته على سائر أفراد التملك بالعوض ، وقد حقق في محله أن الظن يلحق الشيء بالأعم الأغلب .

وفيه أنه لا دليل على حجية الغلبة : وإذن فالظن الحاصل منها لا يعني من =

ثم إنه ذكر السيد في حاشيته قسمين آخرين للهبة غير ما تقدم :

١ - أن تقع الهبة في مقابل الهبة ، كما إذا قال الواهب :

ملكك كذا بهتك كذا ، ويقصد بذلك وقوع الهبة بازاء الهبة : بأن تكون كلمة (الباه) متعلقة بالتملك بلحاظ نفسه . لا بلحاظ متعلقه . والفارق بين هذا القسم ، وبين ما يشترط فيه العوض : أنه إذا لم يهب المتبهن هنا بطلت الهبة الأولى ، إذ المفروض أن كلاً من التملكين وقع في مقابل الآخر . ومن الظاهر أن مقتضى المقابلة هو انتفاء كل منهما بانتفاء الآخر . بخلافه هناك ، فإن مخالفة الشرط فيه يوجب الخيار فقط . وأما الفارق بينه وبين البيع فإن المقابلة هنا بين الفعلين . بخلاف البيع فإن المقابلة فيه بين العوضين .

٢ - أن تقع المقابلة بين المال والهبة : بأن يقول الواهب ملكك كذا بمقابل

ما أعطيتني . نظير أن يقول : أكرمتك بعوض ما أعطيتني . ويقصد في هذا القسم وقوع المال بازاء الهبة : بأن تكون كلمة (الباه) متعلقة بالتملك بلحاظ نفسه أيضاً . والسري في أن هذا القسم من أقسام الهبة دون البيع : أن العوض فيه لم يقابل بالعين لكي يكون ذلك من أفراد البيع ، بل في مقابل الفعل وهو التملك . وأما المال فهو مجاني صرف ولم يقع بازائه شيء .

= الحق شيئاً . ويضاف إلى ذلك أن بقية أفراد التملك بالعوض ليست بنادرة . غاية الأمر أن أفراد البيع أكثر . من غيرها .

٣ - إذا أنشئ التملك بالعوض بصيغة البيع ، واحتملنا إرادة المعنى المجازي من ذلك - كالصلح والهبة المعوضة - حمل على البيع ، لأصالة الحقيقة التي ثبتت خجيتها ببناء العقلاء ، وإجماع العلماء ، وسيرة الرواة ، وديدن حملة الحديث . وفيه أن الأصل بهذا المعنى وإن كان صحيحاً ، بل مورداً للتسامح . ولكن الظاهر أنه ليس مراد القائل . كما هو واضح للمتأمل .

والتحقيق : أن لا نعقل مقابلة الهبة بالهبة أو بالمال مقابلة معاوضة بصيغة وهبته ، لأن هذه الصيغة إنما تكفلت بإنشاء تملك متعلقها (العين الموهوبة) للمتهب ومع ذلك يستحيل أن يتكفل بإنشاء تملك نفسها له إلا بإنشاء آخر بأن يقول : ملكتك هبتي لك كذا بهبتك إياي كذا .

وعليه فيكون كل من المتعاملين مالكا لعمل الآخر : أعني به الهبة المذكورة في العقد . ومن النقوض :

٧ - أنه إذا كان البيع إنشاء تملك عين بمال انتقض طرده بالقرض ، لأنه أيضاً إنشاء تملك عين بمال .

وأجاب عنه المصنف : (بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تملك على وجه ضمان المثل أو القيمة ، لامعاوضة للعين بهما) .

وناقش فيه المحقق الأيرواني واليك نصه « فإما هو مجرد تغيير للعبارة مع ، كون واقفه هو المعاوضة ، أو هو غير معقول ، فإن التملك على وجه ضمان المثل أو القيمة إن كان بمعنى المقابلة على أن يكون تملكاً بازاء عوض في الذمة فذلك هو الأول ، فانه تملك بعوض في الذمة . وإن كان لا بمعنى المقابلة . بل كان التملك مجانياً وقد اشترط في تملكه أن تكون الذمة مشغولة بحكم الشارع ، كما تكون مشغولة في موارد الضمانات فذلك هو الثاني) .

ولكن هذه المناقشة غريبة عن مقصود المصنف ، فان غرضه - على ما يظهر من مبحث ضمان العين بالمثل أو القيمة وسيأتي - أن الانسان إذا وضع يده على مال غيره ضمنه للمالكه بجميع خصوصياته النوعية والصفية والشخصية - سواء أ كانت تلك الخصوصيات دخيلة في المالية أم لا - بديهية أن الثابت في ذمة الضامن ابتداءً إنما هو نفس العين . فيجب ردها إلى مالكاها لقاعدة ضمان اليد . وإذا تلفت العين وجب مثلها

على الضامن ، لأنه أقرب إلى التالف وإن لم يوجد مثلها وجب عليه أداء قيمتهما ، لأحتوائها على جميع ما هو دخيل في مالية العين .

وعلى هذا الضو . فمضى القرض هو تمليك المقرض ماله للمقرض على وجه ضمان المثل . وحينئذ فيملك الدائن على المدينون أمراً كلياً منطبقاً على كل فرد من الأفراد الخارجية المساوية لما اخذ من القرض في الخصوصيات النوعية والصفية الدخيلة في المالية . وأما الخصوصيات الشخصية غير الدخيلة في المالية فهي لا تدخل تحت الضمان لأن الانسان إنما يستقرض شيئاً لدفع حاجته به . فلزوم ابقائه على حاله نقض للقرض وعليه فليس المقرض ان يجبر المقرض على رد العين المأخوذة قرضاً تمسكاً بدليل ضمان اليد ، بداهة ان قاعدة ضمان اليد لا يجري في المقام ، إذ المفروض ان يد المقرض لم تتعلق بمال غيره . وأما الضمان بالأقدام فلا يترتب عليه أزيد مما ثبت فيه التعهد . وقد عرفت قريباً : أن العهدة لم تثبت - في باب القرض - إلا بالنسبة إلى مالية العين المأخوذة قرضاً ، لا بالنسبة إلى خصوصياتها الشخصية . فيستوضح من ذلك أن القرض خارج عن حدود البيع .

ويتضح ما ذكرناه جلياً بقياس القرض بالغصب ، إذ لا فارق بينهما إلا من ناحية أن المغصوب يضمن على الغاصب بجميع خصوصياته النوعية والصفية والشخصية وهذا بخلاف القرض فان المال المأخوذ قرضاً غير . مضمون بالخصوصيات الشخصية كما عرفته قريباً . وعلى هذا فكما لا يتوهم انتقاض تعريف البيع بالغصب ، كذلك لا يتوهم انتقاضه بالقرض أيضاً . وهذا واضح لا ريب فيه .

ثم إن المصنف قد استشهد على خروج القرض عن مفهوم البيع بامور عديدة .

١ - أنه لو كان القرض من أفراد البيع لجرى فيه ربهاء المعاوضة مع أنه

لا يجري فيه .

وأوضحه السيد في حاشيته بما هذا نصه (لا يشترط في تحقق الرباه فيه (القرض) ما يعتبر في تحققه في سائر المعاوضات من اعتبار كون العوضين من جنس واحد ، واشترط كونهما من المكيل والموزون . بل يحرم فيه الزيادة مطلقاً وإن لم يكونا من جنس واحد ، كما في قرض القيميات ، وكذا إن كان معدوداً أيضاً هذا) .

ثم ناقش في ذلك وإليك لفظه : (ولكن يمكن أن يمنع دلالة ذلك على عدم كونه معاوضة وإن كان أصل المطلب حقاً ، لوضوح أن القرض تملك بالضمان ، لا بعوض . وذلك لا مكان اختصاص بعض المعاوضات بسعة دائرة الرباه فيه لدلائل خاص فتدبر) .

والظاهر : أن المصنف (ره) يريد من قوله : (لا يجري فيه رباة المعاوضة) مطلباً آخر غير ما فهمه السيد منه . وهو : أن اقتراض نقد مسكوك من الذهب أو الفضة ، ودفع نقد آخر منها - حين الأداء - الذي يساوي القرض في المالبية وإن زاد عليه في المقدار لا يستلزم الرباه . ومثال ذلك : أن يقترض أحد من صاحبه ريالاً عراقياً ويدفع عن بدله إلى المقرض أربعة دراهم . فإن هذه الدراهم وإن كانت مساوية للريال في المالبية ، ولكنها زائدة عليها في المقدار . ومع ذلك لا يكون هذا رباة . إلا إذا استلزم زيادة في المالبية . وهذا بخلاف المعاملات المعاوضية فإن شراء الريال الواحد بأربعة دراهم معاملة ربوية قطعاً .

والسر في ذلك ما ذكرناه آنفاً من أن معنى القرض تملك العين على وجه ضمان المثل أو القيمة . ومن البين أن هذا العنوان امر كلي قابل الانطباق على أفراده الخارجية المساوية للعين المأخوذة قرضاً في المالبية وإن زادت عليها في القدر . فيستكشف من ذلك أن باب القرض غريب عن باب المعاملات المعاوضية . والالاتحاد في الآثار . قوله : (ولا الغرر المنفي فيها) . أقول : توضيح كلامه : أنه يجوز اقتراض شيء

مع الجهل بمقداره وأوصافه . ومن الظاهر انه لو كان القرض من قبيل المعاملات
المعاوضية لاعتبر فيه العلم بالمقدار والاصناف، لنهي رسول الله (ص) عن بيع الغرر (١)
وعليه فلو أخذ القرض قبضة من الدراهم المصبوبة بين يديه ، وأقرضها لشخص من
غير علم بمقدارها صح القرض . نعم لا بد للمقرض أن يعرف مقدار ذلك لكي يتمكن
من الأداء . إلا أنه أجنبي عن حقيقة القرض ومن هنا لا بأس باقتراض الطعام
بصخرة مجهولة ، لا يمكن الأداء بتلك الصخرة وإن لم يعلم مقدارها إلى الأبد .

نعم ظاهر جمع من الفقهاء في باب القرض وجوب العلم بمقدار القرض ، وأنه
لا يجوز الاقتراض بالكيل والوزن الجهولين . ولكن ناقش في ذلك بعض الاعاظم
وقل في القول بالجواز عن ظاهر جماعة آخرين بدعوى أن دليل نفي الغرر مختص
بالبيع . غاية الأمر أنه يجوز التعدي منه إلى مطلق المعاملات المعاوضية ، للقطع بعدم
الخصوصية للبيع ، إذ المناط في النهي عن بيع الغرر إنما هو رفع النزاع ، وقطع المرافعة .
ومن البديهي أن هذا المناط موجود في مطلق المعاملات المعاوضية ، وأما القرض فلا
دليل على اعتبار نفي الغرر فيه ، ولا أنه من قبيل المعاملات المعاوضية . لكي يعتبر فيه
نفي الغرر من هذه الناحية . وإذن فلا وجه لاعتبار العلم بمقدار القرض .

وهذه المناقشة في غاية المتانة . ولكن يحسن بنا أن نقول : إن القرض خارج
عن موضوع الغرر حتى مع وجود الدليل على نفي الغرر بقول مطلق ، لأننا ذكرنا
سابقاً : أن الثابت في ذمة المقرض إنما هو مالية العين المأخوذة قرصاً ، سواء أ كانت
تلك العين معلومة المقدار والاصناف ، أم كانت مجهولة كذلك .

نعم يعتبر العلم بمقدار القرض مقدمة الأداء . ومن الواضح أن ذلك يمكن بعد
الاقتراض أيضاً . وإذن فما ذكره المصنف من تأييد خروج القرض عن حد البيع متين .
وقد اتضح لك من جميع ذلك انه لا يعتبر ذكر العوض ايضاً في القرض .

بحث في بعض معان البيع

قوله : (ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان اخر غير ما ذكر) .
 أقول : لعل مراده من البعض هو المحقق صاحب المقاييس . وذكر السيد في حاشيته : أن
 (الظاهر انه الشيخ السكبير الشيخ جعفر في شرح القواعد) . ومراده من غير ما ذكر
 غير ما ذكره هو (ره) واختاره . وإلا فقد ذكر بعض هذه المعاني فيما تقدم . هـ إليك
 هذه المعاني التي تعرض لها المصنف :

١ - الإيجاب المتعقب بالقبول ، وإليه نظر كل من أخذ قيد التعقب بالقبول
 في تعريف البيع المصطلح ، ولعل هذا هو المتبادر من لفظ البيع ، ولذا لا يطلق لفظ
 البائع على من أوجب البيع فقط من غير اقترانه بالقبول .

٢ - الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول ، وهو الانتقال ، ويظهر هذا من
 المبسوط وغيره .

٣ - نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول . وإليه ينظر كل من عرف
 البيع بالعقد .

المعنى الأول : إنشاء التملك المتعقب بالقبول .

وقد ناقش فيه المصنف ، وحاصل مناقشته : أن الإيجاب المتعقب بالقبول من
 أفراد البيع . وإنما انصرف إليه اللفظ لقيام القرينة الخارجية على ان المراد من
 الإيجاب إنما هو الإيجاب المثمر . ومن الواضح ان الأثر لا يترتب إلا على الإيجاب
 المتعقب بالقبول ، دون الإيجاب الساذج . ولولا هذه القرينة لكان المقصود من لفظ
 البيع الإيجاب المحض .

وأضف الى ذلك أنه لم يقل أحد : أن تعقب الايجاب بالقبول دخيل في معنى البيع ، وإن التزموا بكونه شرطاً للانتقال الخارجي .

والوجه في ذلك : أن البيع وما يساويه في المعنى من قبيل الايجاب والوجوب لا من قبيل الكسر والانكسار ، إذ كما ان الأمر قد يأمر بشيء ، ولا يكون ذلك واجباً في الخارج ، كذلك البائع ، فإنه قد ينشيء البيع ، وهو لا يوجد في الخارج . وهذا بخلاف الكسر والانكسار ، فان احدهما لا ينفك عن الآخر . ويتوجه على هذه المناقشة وجوه .

١ - ما ذكره السيد في حاشيته . وصفوته : أن كل تملك انشائي ليس يبيع بل المراد من البيع هو الايجاب المتعقب بالقبول على سبيل الشرط المتأخر . والدليل على ذلك هو التبادر . وصحة السلب . ومن هنا لو اخبر احد عن بيع داره ، مع انه لم يتحقق في الخارج إلا الايجاب الساذج من دون ان يقبله المشتري لكان كاذباً في اخباره . كما انه اذا اخبر عن بيع داره . واخبر ايضاً عن عدم قبول المشتري ذلك كان مناقضاً في كلامه . وهذا بخلاف ما اذا اخبر عن البيع ثم اخبر عن فقدان شرط من شرائط صحته فانه لا يعد مناقضاً في اخباره ، وقد يتوهم ان ذلك من ناحية الانصراف ولكنه توهم فاسد ، إذ لو صح هذا جرى مثله عند فقدان سائر الشرائط ايضاً . مع انه لو تحقق البيع بايجابه وقبوله ، ولكن كفاً فاقداً لبعض شرائط الصحة لصدق عليه مفهوم البيع قطعاً .

وأضف الى ذلك : ان البيع من قبيل العقود ، ومن البين الذي لا ريب فيه انه لو كان الايجاب الصرف بيعاً من دون تعقبه بالقبول لزم منه ان يكون البيع من الايقاعات ، لا من العقود ، وهو بديهي البطلان .

وعلى الجملة : إن قوام العقود برمتها بالايجاب المتعقب بالقبول لانه لا يتحقق

أي عقد من العقود بالإيجاب الساذج . سواء أ كان هذا الإيجاب متوجهاً إلى قابل شاعر ، واكتنه لم يقبله ، أم كان متوجهاً إلى جسم غير شاعر ، كالجدار ونحوه .

٢ — أنه لاوجه صحيح لتفرقة المصنف بين الإيجاب والوجوب ، وبين الكسر والانكسار ، بديهة أن الفعل الصادر من الفاعل أمر وحداني لا تعدد فيه بوجه ، وإنما التعدد فيه بحسب الاعتبار فقط . كالإيجاد والوجود ، فأنهما شيء واحد . غاية الأمر أن هذا الشيء الواحد بالنسبة إلى جهة الاصدار يسمى إيجاداً ، وبالنسبة إلى جهة الصدور يسمى وجوداً . وكذا الحال في التملك والملك . والإيجار والاجارة . والإيجاب والوجوب . والكسر والانكسار . وأشبه ذلك .

ودعوى أن الوجوب ينفك عن الإيجاب . ولكن الكسر لا ينفك عن الانكسار دعوى جزافية ، إذ الإيجاب أيضاً لا ينفك عن الوجوب . إلا أن عدم انفكاك أحدهما عن الآخر في نظر الأمر فقط ، لا في الخارج ، وفي جميع الأنظار .

٣ — أن البيع (١) إنشاء تبديل عين بعوض في جهة الاضافة . ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يتحقق إلا بتعقب الانشاء بالقبول . وعليه فلا يوجد مفهوم البيع بالإيجاب إلا عند تعقبه بالقبول بنحو الشرط المتأخر ، أو على سبيل القضية الحينية . وإذن فينحل البيع في الحقيقة إلى قضية شرطية أو حينية . فمعنى قول البائع بعث المتاع الفلاني من زيد : أنه بعته إياه إن قبله ، أو حين قبوله .

وقد يتوهم أن ذلك يرجع إلى التعليق وهو مبطل للعقود بالضرورة .

ولكن هذا التوهم بديهي الفساد ، لأن بطلان العقود بالتعليق ليس من ناحية الاستحالة العقلية لكي لا يقبل التقييد ، أو التخصيص . بل إنما هو من ناحية الإجماع . ومن الظاهر أن الإجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن . والقدر المتيقن هنا ما يكون التعليق فيه على الأمور الخارجة عن صميم العقد ومفهومه .

ويضاف إلى ذلك أن العقود المتعارفة لا تخلو عن مثل هذا التعليق .
والمفروض أنها ممضاة للشارع .

فيستوضح من ذلك أن التعليق المذكور لا يضر بالعقود في نظر الشارع .
وبتعبير آخر أن البيع له أربعة أقسام :

١ - الانشاء الساذج من غير أن ينضم إليه القبول . ولا شبهة في أن هذا
لا يسمى بيعاً حتى في نظر الموجب فلا يترتب عليه أي أثر من آثار البيع .
٢ - الإيجاب والقبول من غير أن يلحق بها الامضاء من العرف أو الشرع
فان ذلك يسمى بيعاً في نظر كل من الموجب والقابل ، ولا يسمى بيعاً عند العرف
والشرع .

٣ - الإيجاب والقبول مع كونها مورداً لامضاء أهل العرف دون الشرع .
كبيع مالاً يصح بيعه شرعاً ، نظير الميتة والخمر والخنزير وأشباهاها ، فان هذا يعد بيعاً
في نظر المتبايعين وأهل العرف دون الشرع .

٤ - الإيجاب والقبول مع التحاق الامضاء من أهل العرف والشرع بهما .
ولاشك في أن هذا يبيع بالحمل الشايح في جميع الانظار . وقد اتضح لك مما بيناه أنه
لا يوجد البيع في أي وعاء من الأوعية بالإيجاب الخاص . ومن هنا لا يطلق البائع
على من أوجب البيع ، ولم يتعقب ذلك بالقبول . وكذلك الحال في سائر العقود
برمتها .

قوله : (وكذلك لفظ النقل والابدال والتملك وشبهها . مع أنه لم يقل أحد
بأن تعقب القبول له دخل في معناها) . أقول : حاصل كلامه : أن شأن البيع شأن
النقل والابدال والتملك ، فكما لا يعتبر في صدق مفاهيم تلك الكلمات قيد التعقب
بالقبول كذلك لا يعتبر ذلك أيضاً في صدق مفهوم البيع .

وفيه أنك قد عرفت قريباً : أن اعتبار القبول في مفهوم البيع أمر واضح .

بل هو كالنور على النار . وعليه فلا وجه لقياسه بما لا يعتبر في مفهومه قيد التعقب بالقبول .

وأما النقل فهو موضوع لمفهوم عام : وهو كل ما صدق عليه عنوان النقل ، سواء أ كان ذلك نقلاً خارجياً كتنقل شيء من مكان إلى مكان آخر ، أم كان نقلاً اعتبارياً ومن هنا تطلق كلمة الناقل على آلة النقل . كالحمولة والسفن والسيارات والطائرات وغيرها . ومن الواضح جداً أنه لا يعتبر قيد التعقب بالقبول في هذا المفهوم الواسع . ومن هنا ظهر لك أنه لا وجه لقياس البيع بكلمة الابدال أيضاً ، ضرورة أن المبادلة أعم من المبادلة الخارجية ، ومن المبادلة الاعتبارية . كما أن المبادلة الاعتبارية أعم من البيع وغيره (١) .

وأما التمليك فإن النسبة بينه وبين البيع هي العموم من جهه ، إذ قد يوجد التمليك ولا يصدق عليه مفهوم البيع ، كما في الهبة ، والوصية ، والارث ، وتمليك الله سبحانه الزكاة للفقراء والخمس لبني هاشم ، وغير ذلك . وقد يوجد البيع ولا يكون هناك تمليك . كبيع المتاع بسهم سبيل الله من الزكاة فإن هذا بيع وليس فيه تمليك من ناحية البائع (٢) وقد يجتمعان وهو كثير .

وإذن فعدم اعتبار قيد التعقب بالقبول في مفهوم كل من النقل والابدال والتمليك لا يلزم عدم اعتباره في مفهوم البيع الذي هو اخص من مفاهيم تلك الكلمات مطلقاً ، أو من وجه .

المعنى الثاني : الأثر الحاصل من الإيجاب والقبول ، وهو الانتقال . والتحقيق أنه إن أريد من الانتقال اعتبار المالكية بنظر العرف والشرع فلا شبهة أن ذلك متأخر عن البيع تأخراً رتبياً - وإن أخذ البيع بمعنى المبيعة - لأن نسبة

(١) تقدم ذلك في ص ٩ .

(٢) تقدم ما يرجع إلى هذا المثال في ص ٢٣ .

البيع إلى الاعتبار المزبور نسبة الموضوع إلى حكمه ، ومن البديهي أن الموضوع يتقدم على حكمه تقدماً ترتيبياً .

وعلى هذا فاستعمال كلمة البيع في الانتقال من الاغلاط الواضحة ، ومعه لا يمكن تعريف البيع بالانتقال وإن اريد من الانتقال اعتبار الملكية بنظر المتبايعين فإنه يجوز تعريف البيع بذلك ، لأن الانتقال متحد مع البيع وجوداً - لما عرفت قريباً من اتحاد الایجاد والوجود - وإن تغايرا اعتباراً . وإلكنه ليس معنى آخر يغاير المعنى الأول . المعنى الثالث : نفس العقد المركب من الايجاب والقبول .

أقول : قد حكى المصنف عن بعض من قارب عصره ما هذا نصه : (الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات حتى الاجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد) . ويتوجه على ذلك .

أننا لم نجد مورداً يستعمل فيه لفظ البيع وغيره في الايجاب والقبول وإذن فلا وجه صحيح لحل الالفاظ المذكورة في طليعة عناوين المعاملات على ذلك . بل إن الالفاظ العقود برمتها أسماء لأحد طرفي العقد . وهو الايجاب .

وأما الاجارة والوكالة فلا يبعد أن تكونا أيضاً من أسماء فعل الموجب : أما الاجارة فلأنها بمعنى الأجر . والأجر قد يستعمل ويراد به الجزاء والاجرة . وقد يستعمل مصدرأ من أجر : بمعنى أكرى . بداهة أن أجر مجردأ قد يستعمل بمعنى أجر - كما في القاموس ومجمع البحرين - وعلى ذلك فالاجارة تسكون مصدرأ لأجر ، كالكتابة التي هي مصدر لكتب .

وأما الوكالة فهي أيضاً فعل الموجب ، كالتوكيل ، لأن الأفعال المجردة والمزيد فيها وإن اختلفت بالاعتبار ، لكنها متحدة وجوداً .

والسر في ذلك : أن نسبة المصادر المجردة إلى المصادر المزيد فيها نسبة الوجود إلى الایجاد . فكما أن الوجود والایجاد يتحدان حقيقة ، ومختلفان اعتباراً . كذلك

المصادر المجردة . والمصادر الزيد فيها وعلى هذا فاستعمال لفظ التوكيل في الفعل الصادر من الموجب إنما هو بلحاظ جهة الصدور . واستعمال لفظ الوكالة فيه إنما هو بلحاظ نفس الفعل .

وقد يستدل على صحة استعمال لفظ الاجارة في الاجار بقوله (تعالى) في التحدث عن قصة تزويج موسى (ع) من بنت شعيب (ع) : (قال : اني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) (١) .
ووجه الاستدلال : أن معنى الآية هو أن تأجرني نفسك .

ولكن هذا الاستدلال فاسد ، لأن كلمة أن تأجرني في الآية السكريمة مستعملة في معنى الجزاء والثواب . أو أن المراد من ذلك أن تكون أجيراً لي - على سبيل شرط النتيجة - وهذا الأخير قد ذكر في مجمع البحرين ولسان العرب .
ثم إنه قد نسب المصنف إلى الشهيد الثاني - وإن لم تثبت النسبة - أن إطلاق لفظ البيع على العقد مجاز لعلاقة السببية .

ثم وجه كلامه ، وحاصل توجيهه : أنه ليس مراد الشهيد من المسبب النقل الحاصل من الايجاب الصرف ، لأنه حاصل بنفس الانشاء من دون توفقه على القبول ، كما أن وجوب الضرب يتحقق في نظر الأمر بالأمر فقط وإن لم يصر واجباً في نظر غيره .

بل مراد الشهيد الثاني من المسبب إنما هو الاثر الحاصل من العقد في نظر الشارع : وهو النقل والانتقال ومن الواضح أن ذلك لا يحصل إلا بالعقد المركب من الايجاب والقبول . وعليه فاستعمال لفظ البيع - الذي وضع للمسبب - في نفس السبب إنما هو بعلاقة السببية والمسببية . وحينئذ فاضافة العقد إلى البيع بمعنى الاثر الحاصل من

العقد إضافة لامية . ومن قبيل إضافة السبب إلى المسبب - : أي عقد البيع - لإضافة
بمائية .

وعلى هذا التوجيه فيتوجه على الشهيد الثاني ما وجهه المصنف على المعنى الثاني
المتقدم من أن البيع بمعنى الانتقال لم يوجد في اللغة ، ولا في العرف ، وإنما وقع ذلك
في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط .

ويرد على المصنف أيضاً : أن معنى البيع ليس هو الأثر الحاصل منه في نظر
الشارع : أعني به الانتقال لسبب إطلاقة على سببه مجازاً . بل ذلك الأثر حكم
من أحكام البيع . ومن الظاهر أنه لا يصح إطلاق البيع على حكمه ولو إطلاقاً مجازياً بل
معنى البيع كما عرفت هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي (١) .

نعم لو ثبت هذا الاطلاق لا يمكن تصحيحه بما اشتهر بين العلماء من أن الانشاء
ايجاد المعنى باللفظ ، فانه على هذا يتسبب البائع بالايجاب والقبول إلى ايجاد
البيع . وحينئذ فاطلاق كلمة البيع على الأثر الحاصل من الايجاب والقبول - وهو
الانتقال - من قبيل إطلاق السبب على المسبب ، لعلاقة السببية وقد عرفت بطلان
ذلك آنفاً .

وأما ما نسب إلى الشهيد الثاني (ره) من صحة إطلاق البيع على العقد المركب
من الايجاب والقبول فلم نجد في لغة ، ولا في عرف بل إرادة هذا المعنى من العناوين
المذكورة في طليعة أبواب المعاملات غلط واضح . إذ لا معنى لان يراد من قول الفقهاء :
كتاب البيع - مثلاً - كتاب الايجاب والقبول .

والذي يحسن بنا أن نفهمه : أنه إذا صح إطلاق كلمة البيع على الايجاب والقبول
كان ذلك من ناحية اخرى . وتحقيق ذلك : أنه قد يطلق البيع ، ويراد به ما ذكرناه

سابقاً من أنه إنشاء بتبديل شيء من الأعيان بعوض . وقد عرفت فيما تقدم : أن البيع بهذا المعنى هو الإيجاب الساذج المتعقب بالقبول . كما أن الأمر كذلك في سائر العقود برمتها (١) .

وقد يطلق البيع ويراد به المعاهدة الخاصة الحاصلة بين المتبايعين . ولعل إطلاقه على هذا المعنى أكثر من إطلاقه على الإيجاب المتعقب بالقبول . وإليه ينظر جميع ما ورد في النصوص والفتاوى من أنه لزم البيع ، أو وجب ، أو لا يبيع . وهو الذي يفرض له البقاء ويتعلق به الفسخ والامضاء . وترد عليه الشروط والأحكام . وإذن فيمكن أن يقال : أنه لم يوجد مورد يستعمل فيه لفظ البيع في العقد الذي هو سبب للبيع . بل كل ما يتوهم كونه من هذا القبيل - كقولهم كتاب البيع ، أو عقد البيع - فهو مستعمل في المعاهدة الخاصة . وحينئذ فإضافة العقد إلى البيع من قبيل الإضافة البيانية ، لا الإضافة اللامية .

والمتحصل من جميع ذلك : أن إطلاق كلمة البيع على الإيجاب والقبول من الإغلاط الواضحة ، لا من الاستعمالات المجازية .

ألفاظ المعاملات أسماء للأعم

قوله : (ثم إن الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من لك) . أقول : يقع البحث هنا في ناحيتين :

١ — أن ألفاظ المعاملات هل هي موضوعة للصحيح ، أم الأعم منه ومن الفاسد ؟ .

٢ — أنه إذا قلنا بأنها موضوعة للصحيح فما هو الفارق بين العبادات ، وبين

ألفاظ المعاملات أسماء للأعم

المعاملات ، حيث إن الفقهاء لا يتمسكون بالاطلاق في الأولى ، ويتمسكون به في الثانية ؟ .
 الناحية الأولى : أنه ذكر الشهيد الثاني (ره) في كتاب الإيمان من المسالك :
 (أن إطلاق البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح مجاز في غيره ، لوجود خواص
 الحقيقة والمجاز فيهما . كمبادرة المعنى إلى ذهن السامع عند إطلاق قولهم : باع فلان
 داره . ومن ثم حمل الاقرار به عليه حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً . ولو
 كان مشتركاً بين الصحيح والفاسد لقبول تفسيره بأحدهما ، كغيره من الألفاظ المشتركة
 وانقسامه إلى الصحيح والفاسد أعم من الحقيقة) .

وقد نوقش في ذلك بأن مفهوم البيع أمر عرفي ، وهو الذي يعضيه الشارع
 تارة ، ويرده أخرى . وعليه فلا يعقل أخذ الصحة الشرعية في مفهومه ، إلا على القول
 بالحقيقة الشرعية في ألفاظ العقود ، وهو بديهي البطلان ، إذ على القول بثبوت الحقيقة
 الشرعية في ألفاظ العبادات فلا وجه لثبوتها في ألفاظ المعاملات ، وإنما هي موضوعة
 للمفاهيم العرفية التي أمضاها الشارع تارة ، وردها أخرى . وتفصيل الكلام في محله .
 وأجاب المصنف عن هذه المناقشة ، وحاصل كلامه : أنه يمكن أن يوضع لفظ
 البيع - مثلاً - لما هو المؤثر في الملكية واقعاً ، ويكون الامضاء من الشرع ، أو العرف
 طريقاً إلى ذلك نعم قد حكم الشارع - في بعض الموارد - بعدم حصول الملكية
 إلا أن ذلك من ناحية تخطيط الشارع أهل العرف وإذن فلا منافاة بين أن يكون البيع
 مفهوماً عرفياً ، وبين أن يكون موضوعاً لخصوص الحصة الصحيحة .

وعلى الجملة : إن البيع بمعنى الاسم المصدرية حقيقة فيما هو المؤثر في الملكية واقعاً .
 ومن الظاهر أن هذا لا يتوقف على القول بثبوت الحقيقة الشرعية في المفاهيم العرفية .
 ويرد على المصنف : أن الملكية من الأمور الاعتبارية الخالصة ، لا من الأمور
 التكوينية الواقعية . ومن الظاهر أن الأمور الاعتبارية تدور من حيث الوجود والعدم
 مدار الاعتبار المحض . وعليه فلا نتصور التخطيط في الملكية : بأن يوجد مورد توجد

فيه الملكية ، ولم يلتفت إليها أهل العرف ، وإنما يكشف عنها الشارع تخطيطاً للعرف وعلى هذا المنهج فإذا قلنا بوضع لفظ البيع لما هو المؤثر في الملكية فإن كان المراد من الاعتبار هو الاعتبار العقلائي ، أو الأعم منه ومن الاعتبار الشرعي فلا بد من الالتزام بوضع البيع للأعم ، ولما هو المؤثر في الجملة ولو كان بعض أفراده غير مؤثر شرعاً ، كالبيع الربوي - مثلاً - لأن ألفاظ العقود - على هذا المسلك - موضوعة للطبيعة الكلية ، دون خصوص المؤثر شرعاً .

وإن كان المراد من الاعتبار هو خصوص الاعتبار الشرعي فلا بد من القول بالحقيقة الشرعية في ألفاظ العقود . وحينئذ فيعود المحذور المتقدم : أعني به أخذ الصحة الشرعية في المفهوم العرفي .

نعم يمكن الالتزام بمجواز التخطيط في نفس الاعتبار ، إذ الاعتبار لا بد وأن يكون ناشئاً من المصلحة الواقعية الداعية إليه فإذا اعتبر العقلاء ملكية شيء - كالخمر والخنزير والميتة - مع عدم وجود مصلحة في ذلك ، وحكم الشارع بعدم الملكية هنا كشفنا عن خطأ العقلاء في اعتبارهم . وبهذا يصح الالتزام بوضع ألفاظ العقود للصحيح بأن يوضع لفظ البيع - مثلاً - لما هو المؤثر في الملكية الناشئة اعتبارها من منشأ صحيح وحينئذ فيكون عدم إضاه الشارع لما أمضاه العرف من العقود من باب التخطيط . والمتحصل مما ذكرناه : أن ألفاظ العقود موضوعة للأعم من الصحيح والفاقد ، لا للصحيح فقط .

التمسك بالطريق في المعاملات

قوله : (وأما وجه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع ونحوه) . أقول : قبل بيان التمسك باطلاق أدلة المعاملات يحسن بنا أن نبين أمراً : وهو أن التمسك بالاطلاق

يتوقف على إحراز انطباق الطبيعة - التي أخذت في موضوع الحكم ، أو متعلقه - على الفرد المشكوك فيه بحيث يتمحض الشك في شمول الحكم للفرد المشكوك فيه .
وأما لو كان الشك في أصل الصدق فإنه لا يجوز معه التمسك بالاطلاق . وهذا واضح لا شك فيه .

وأيضاً يتوقف التمسك بالاطلاق على أن يكون المتكلم في مقام البيان ، ولو فرض أنه كان في مقام الإهمال والاجمال لم يجوز التمسك بالاطلاق . وليعلم أنه ليس المراد من كون المتكلم في مقام البيان أن يكون في مقام بيان الأجزاء والشرائط للمأمور به . بل المراد به أن يكون في مقام بيان تعلق الحكم بموضوعه السكلي ، أو متعلقه : كما إذا قال المولى لعبده إن فعلت كذا فاعتق رقبة مؤمنة ، أو قال : أحل الله البيع ، إذ لو كان المولى في مقام بيان الأجزاء والشرائط . كما في رواية حماد الواردة في مقام بيان ماهية الصلاة (١) ، فإنه لا شبهة ولا كلام في جواز التمسك بالاطلاق لنفي ما تحتمل جزئيته أو شرطيته . ولكن هذا إطلاق أحوالي ، لا إطلاق لفظي الذي هو مورد بحثنا .
وبعد هذا التمهيد أننا إذا قلنا بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح والفساد فلاريب في جواز التمسك بالاطلاقات الواردة في إمضاء المعاملات ، ونفي ما يحتمل دخله في صحتها . وإذا قلنا بوضع ألفاظها لخصوص الصحيح فإنه لا يجوز التمسك بتلك الاطلاقات في الموارد المشكوكية ، وذلك من جهة الشك في الانطباق ، وعدم إحراز صدق عنوان البيع - مثلاً - على ما يكون فقدماً لما يحتمل كونه جزءاً أو شرطاً .

وقد انجلي لك مما بيناه ضعف ما أفاده السيد في حاشيته ، وحاصله : أنه كلما صح التمسك بالاطلاق في مورد من المعاملات على الأعمى صح التمسك به في ذلك على الصحيح أيضاً ، بداهة أنه ليس الموضوع له عند الصحيح عنوان الصحيح . بل ما يكون جامعاً للشرائط الشرعية حسب ما يستفاد من الأدلة .

وعليه فكل دليل ورد في بيان أصل الحكم من الوجوب أو الحرمة أو غيرها فانه لا يصح التمسك باطلاقه على كلا القولين . لعدم كون المتكلم في مقام البيان من غير الجهة المزبورة . وكل دليل ورد في بيان ماهية الواجب من الأجزاء والشرائط فانه يجوز التمسك باطلاقه ، لكون المتكلم في مقام البيان . وهذا هو الحجر الأساسي في بيان الفارق بين التمسك بالاطلاق وعدمه .

ووجه الضعف : أن ما ذكره السيد وإن كان متيناً في مورده ، لأنه لا يصح التمسك بالاطلاق مع عدم كون المتكلم في مقام البيان مطلقاً ، كما أنه إذا كان في مقام بيان أجزاء الماهية وشرائطها صح التمسك بالاطلاق كذلك . إلا أنه راجع إلى الاطلاق المقامي . ومن الواضح أن ذلك خارج عن الاطلاق اللفظي الذي يصح معه التمسك بالاطلاق على الأعمى ، وقد وقع الاشكال في التمسك به على الصحيحي . ثم إن المصنف (ره) قد أشار إلى إمكان التمسك بالاطلاق على الصحيحي بنحوين :

١ - الاطلاق المقامي . وتوضيحه : أن لفظ البيع - مثلاً - وإن كان اسماً للمسبب الحاصل من السبب الخاص الذي يراه الشارع مؤثراً في الملكية ، إلا أنه لم يبين أسباب تلك المسببات التي أمضاها بالعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود ولزومها . وعليه فيدور الامر بين القول بأن المولى قد أهمل تلك العمومات والمطلقات . وبين القول بأنها ناظرة إلى إمضاء الأسباب العرفية للمعاملات . وإذن فيكون المؤثر عند العرف مؤثراً عند الشرع أيضاً . ومن الواضح الذي لا ريب فيه أن الدلالة الاقتضائية ، وصيانة كلام الشارع عن اللغوية تقتضي الثاني .

وهذا هو الفارق بين العبادات والمعاملات ، لأن العبادات ماهيات جمالية ، وحقائق غير مغروسة في أذهان أهل العرف لكي نستكشف من اطلاق كلام الشارع موافقته الماهيم العرفية .

ولا يخفى على النقد البصير أن المراد من التمسك بالاطلاق هو هذا المعنى دون الاطلاق اللفظي لكي يناقش فيه بعدم ورود الحكم على المقسم الذي هو من جملة مقدمات التمسك بالاطلاق . والجواب عن ذلك :

أن التمسك بالاطلاق المقامي إنما يجوز فيما إذا لم يكن للطاق أفراد متيقنة ، وإلا فينصرف إليها الاطلاق من دون أن تلزم الغوية من الاهمال . ومن البين أن مقامنا من هذا القبيل ، لأننا كشفنا من مذاق الشارع كشفاً قطعياً - ولو من غير ناحية الاطلاقات الواردة في إمضاء العقود - أن بعض ما هو سبب للبيع عرفاً مؤثر في الملكية جزماً ، وإذن فلا يبقى مجال للتمسك بالاطلاق المقامي صيانة لكلام الشارع عن الغوية .

٢ - أن تحمل المطلقات الواردة في مقام إمضاء البيع على المعنى المصدرى الذي يراد من لفظ بعث ، وحينئذ فيستدل بحكم الشارع على نفوذ العقود مطلقاً على أن ما هو بيع بالمعنى المصدرى عند العرف مؤثر عند الشارع أيضاً .

ويتوجه عليه أن هذا النحو من التمسك بالاطلاق وإن كان صحيحاً . ولكنه عبارة أخرى عن القول بوضع ^{الفاظ} المعاملات للأعم ، بداهة أن ما يصدق عليه لفظ البيع بالمعنى المصدرى أعم من الصحيح والفاسد ، وعليه فلا محذور لنا في التمسك باطلاقات المعاملات في الموارد المشكوكة .

والتحقيق : أن لفظ البيع ليس اسماً للسبب ، ولا أنه اسم للمسبب ، بل إنما هو اسم للاعتبار المبرز بجزء خارجي فعلي أو قولي (١) وإذن فلا مانع عن التمسك بالاطلاقات والعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه . وعلى هذا فلا مناص لنا عن الانزاع بوضع ألفاظ المعاملات للأعم من الصحيح والفاسد .

ولا يخفى عليك أن ما ذكرناه جارٍ في سائر العقود ، بل الاقناعات أيضاً .

ومع الاغضاء عما ذكرناه : والقول بوضع ألفاظ المعاملات لخصوص الصحيح أمكن لنا إثبات الصحة والازوم في الموارد المشكوكة بقوله تعالى : وأحل الله البيع (١) ضرورة أن البيع وإن كان حقيقة في الصحيح الشرعي . ولكن المراد من البيع الذي تعلق به الحل في الآية الكريمة إنما هو البيع الانشائي ، إذ الظاهر من إحلال البيع إنما هو إمضاءه المولوي - كما هو الظهور الابتدائي أيضاً من أدلة سائر الأحكام - ومن الواضح أنه لو كان المراد من البيع هو البيع الشرعي لكان ذلك الإمضاء لغواً محضاً ، وتحصيلاً للحاصل ، لأنه لا معنى للقول بأن معنى الآية أحل الله البيع الممضى . إلا أن يلتزم بكون الآية ارشاداً إلى البيع الصحيح . ولكن ذلك مخالف لظاهرها . بل لا معنى لحملها على الارشاد ، إذ المفروض أن انكشاف صحة البيع ونموذ عند الشارع إنما هو بهذه الآية . ومن اليبين أن حملها على الارشاد يقتضى أن يكون امضاءه بغيرها وهو خلف ظاهر .

وقد اتضح لك مما ذكرناه جواز التمسك باطلاق قوله (ع) : والمسلمون عند شروطهم (٢) على صحة البيع في الموارد المشكوكة مع القول بوضع ألفاظ العقود للصحيح بدعوى أن مقتضى الاسلام إنما هو وفاة المسلم بشرطه . ومن البديهي أن الحديث بهذا المعنى امضاء شرعي للشروط المتعارفة . وحكم مولوي بلزوم العمل بها وانهاؤها واتمامها .

المعاطاة ومقفيها

قوله : (اعلم أن المعاطاة على ما فسرته جماعة : أن يعطى كل من اثنين عوضاً

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٤

(٢) راجع الوافي ج ١٠ باب ٨٠ ص ٦٨

عما يأخذ من الآخر) . أقول : (١) لما كان تنقيح البحث في المعاطاة وبيان مورد الاقوال فيها متوقفاً على بيان ما نتصور به حقيقتها تصدى المصنف بدهاء لبيان ذلك ثم عقبه بذكر الاقوال فيها . وحاصل كلامه : أن المعاطاة تتصور على وجهين :

١ — أن يبيع كل من المتعاطين الآخر التصرف فيما يعطيه اياه من دون نظر الى مملكته .

٢ — أن يتعاطى على وجه التمليك والتملك ، لا بعنوان الاباحة المحضة ، وقد ذكر بعضهم في تصوير ذلك وجهين آخرين :

١ — أن يتعاط كل من المتعاطين بغير قصد البيع ، ولا التصريح بالاباحة ، بل يعطي أي منها شيئاً ليتناول شيئاً آخر .

٢ — أن يقصد كل منهما الملك المطلق ، لا البيع فقط ، ولا الاباحة الخالصة .

ويتوجه على الوجه الأول : أن الفعل الصادر من المتعاطين ليس من الأفعال غير الاختيارية — كحركة المرتعش — لكي يكون ذلك خالياً عن القصد والارادة . وإنما هو فعل اختياري صادر من فاعله بالارادة والاختيار ، وعليه فاذا قصد كل من المتعاطين — من اعطائه ماله لصاحبه — خصوص اباحة التصرف كان ذلك اباحة

(١) لم يرد عنوان المعاطاة في آية ولا رواية ولا في معقد إجماع ، بل إنما عبر بذلك جمع من الفقهاء عما تداول بين الناس من المعاملة الخاصة الفارقة للصيغة التي تسمى بالمعاملة المعاطاتية .

ثم إن البحث هنا يقع تارة في صدق مفهوم البيع على المعاطاة ، وأخرى في كونها مشمولة للأدلة الدالة على صحة البيع ونفوذه . ولا يخفى على الفطن العارف أن تحرير البحث على هذا النهج أحسن وأضبط . ولكن الفقهاء رضوان الله عليهم قد أغفلوا ذلك ، وسلكوا مسلكاً آخر في تحرير البحث في المعاطاة .

مصطلحة ، كما في الضيافة ونحوها . وإذا قصد من ذلك جواز الانتفاع من العين - مع حفظها عن التلف - انتفاعاً مجانياً كان ذلك عارية . وإذا قصد من ذلك الانتفاع من العين مع العوض كان ذلك بيعاً . وحينئذ فلا يوجد عنوان آخر في مورد المعاطاة غير العناوين المذكورة وبذلك؛ يظهر بطلان الوجه الثاني ، وإذن فينحصر البحث في المعاطاة بالوجهين الأولين .

ثم إن مورد البحث في الوجه الأول ما يقصد منه الإباحة المحضة ، كما في الضيافة وأشباهاها . ومورد البحث في الوجه الثاني ما يقصد منه الملك . وعليه فلا وجه صحيح لما اختاره صاحب الجواهر (ره) من بقاء الإباحة في كلمات الأصحاب على ظاهرها والطمع على من جعل محل النزاع عندهم ما يقصد منه التمليك ، وذلك لأن كلماتهم عاصية عن الحمل على الإباحة الخالصة ، ويتضح ذلك جلياً لمن تأمل في كلماتهم .

وكذلك لا نعرف وجهاً معقولاً للإلتزام بحصول الملكية من التعاطي - لازمة كانت أم جائزة - مع قصد المتعاطين الإباحة المصلطحة . بل لا يصدر ذلك من أصاغر الطلبة فضلاً عن الفقهاء العظام .

وأيضاً لا وجه لما ارتكبه المحقق الثاني من حمل كلمات القائلين بالإباحة على الملك المتززل .

المعاطاة وبيان الأقوال فيها

قوله : (فالأقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستة) .

أقول : الظاهر أن الأقوال حول المعاطاة سبعة :

١ - اللزوم على وجه الإطلاق ، سواء أكان الدال على التراضي لفظاً ، أم

كان غيره . وقد نسبة غير واحد من أصحابنا إلى المفيد (١) وإلى بعض العامة (٢) .
 ٢ - الزوم إذا كان الدال على التراضي أو على المعاملة لفظاً وقد حكاه
 الشهيد الثاني عن بعض مشايخه ، ثم استجوده . إلا أنه عقبه بأنه مخالف لمقتضى
 الأصل (٣) .

(١) لكن العبارة المنقولة عنه غير ظاهرة في ذلك قال في محكي المقنعة :
 (والبيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعاً ،
 وتراضياً بالبيع ، وتقابضاً ، واقتراً بالأبدان) لأن مراده من هذه العبارة بيان
 الشروط لصحة البيع ولزومه . وأما عدم تعرضه لاعتبار الصيغة في البيع فلا يدل
 على عدم اعتبارها فيه ، إذ من المحتمل القريب أن يكون ذلك من جهة أن اعتبارها
 في لزوم البيع من المسامات ، وقد حكى عنه في نكاح المقنعة أنه لم يتعرض لاعتبار
 الصيغة في النكاح ، والطلاق مع أن اعتبارها فيها من البديهيات .

وعن العلامة في المختلف : أن للمفيد قولاً يوهم الجواز ، ثم ساق العبارة
 المتقدمة . وعن كشف الرموز - في باب الفضولي - نسبة اعتبار اللفظ المخصوص
 في البيع إلى المفيد والطوسي . وعلى هذا فلا يسوغ لنا أن ننسب الرأي المذكور
 إلى المفيد (ره) كما أنه لم ينسب إلى غيره من قدماء الامامية . وإذن فلا نعرف
 وجهاً صحيحاً لقول المصنف : إنه (يكفي في وجود القائل به قول العلامة في
 التذكرة : الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة) . ولعل غرض العلامة من التعبير
 بالأشهر الإشارة إلى ما نسب إلى المفيد . وقد عرفت فساد النسبة والله العالم .

(٢) في شرح فتح القدير ج ٥ : أن البيع ينعقد بالتعاطي .

وفي الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ : الصيغة في البيع أمران : القول .
 وما يقوم مقامه . والمعاطاة . وعن الشافعية : أن البيع لا ينعقد إلا بالصيغة الكلامية
 لا بالمعاطاة . ونسب الخلاف في ذلك إلى الحنفية .

(٣) قد حكى هذا الرأي في الحدائق عن جماعة من متأخري المتأخرين ، =

والتحقيق : أنه إن كان الغرض من الاشتراط المزبور أن المعاطاة لا تكون بيعاً إلا بالقرينة الخاصة - وإلا فهي أعم من البيع وغيره - فهو متين ، وإن كان الغرض من ذلك بيان الفارق بين القرينة اللفظية وغيرها فهو فاسد ، لعدم الدليل على الفرق بينهما (١) .

٣ - أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة . وإنما تصير لازمة بذهاب إحدى العينين . وقد اخترع هذا الرأي المحقق الثاني . وشيد أركانه في محكي تعليقه على القواعد بما لا ضرب عليه . وحل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاة تفيد الإباحة . وهذا الرأي وإن لم يكن بعيداً في نفسه ، إلا أنه غريب عن مساق كلمات القائلين بالإباحة .

٤ - أن المعاطاة تفيد إباحة جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك ، مع بقاء كل من العينين على ملك صاحبه ، إلا أنه يحصل الملك اللازم بتلف إحدى العينين ، أو بما هو بمنزلة التلف . بل في المسالك : أن كل من قال بالإباحة قال بإباحة جميع التصرفات .

= كالمولى المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد . والمحدث القاساني في المفاتيح ، والفاضل السبزواري في الكفاية وحكاها أيضاً عن جماعة من المحدثين ، ثم استقر به واستدل عليه بالروايات الكثيرة ، وسيأتي التعرض لبعضها عند الاستدلال على اعتبار اللفظ في لزوم البيع بالروايات .

(١) قيل : إنه ثبت اعتبار مطلق اللفظ في لزوم البيع بالاجماع ، ومقتضاه أنه لا تكفي المعاطاة في ذلك ، والجواب عنه :

أنه ليس هنا إجماع تعبدي لكي يجب الأخذ به ، إذ من المحتمل القريب أن يكون اتفاق الفقهاء على هذا من ناحية الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في لزوم البيع ويضاف إلى ذلك : أن القائل بعدم اشتراط اللفظ في البيع كثير جداً ، ومعه لا مجال لدعوى الاجماع التعبدي في المقام .

٥ - أنها تفيد إباحة جميع التصرفات إلا ما يتوقف على الملك ، كالوطي والعتق والبيع . وهذا هو المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد . وينطبق عليه ما في المبسوط من المنع عن وطي الجارية المهداة بالهدية الخالية عن الإيجاب والقبول للفظيين .

٦ - أن المعاطاة معاملة فاسدة ، وهذا الرأي نسب إلى العلامة في نهايته . ولكن حكي رجوعه عن ذلك في كتبه المتأخرة . بل لم يوجد له موافق في هذا الرأي . على أنه مسبوق بالاجماع وملحوق به .

٧ - ما ذكره السيد في حاشيته وإليك نص عبارته :

(أنها معاملة مستقلة مفيدة للماسكية . وليست بيعاً وإن كانت في مقامه حكي عن الشيخ السكبير الشيخ جعفر قده) .

الأقوال في المعاطاة ومدارحها

لا شبهة في فساد المعاملة المعاطائية إذا لم يقم دليل على صحتها ، أو على إفادتها الإباحة الشرعية . وستعرف قريباً قيام الدلائل على كونها بيعاً .

ثم إن مقتضى الاطلاقات والعمومات الدالة على صحة البيع وزومه هو القول بأن المعاطاة بيع لازم ، لأن البيع - كما تقدم - هو الاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي سواء في ذلك كون المظهر فعلاً وكونه قولاً وعليه فالمعاطاة بيع عرفي بالحمل الشايع ، فتكون مشمولة لتلك العمومات والاطلاقات . وإذن فلا وجه للمناقشة فيما نسب إلى المفيد من أن المعاطاة تفيد للملكية اللازمة . وعلى هذا الضوء فلا وجه لما وجه به شيخنا الاستاذ كلام جمع من الاصحاب القائلين بترتب الإباحة على التعاطي المقصود منه التمليك . من (أن البيع على ما عرفت هو التبديل ، وحيث إن التبديل ليس بتديلاً

خارجياً ، بل تبديل أحد طرفي الاضافة بمثله ، وهذا أمر اعتباري من سنخ المعاني .
وما هو موجوده وآلة ايجاده هو القول فقط) .

وبعد ذلك إن قلنا بقيام الاجماع التعبدي على نفي اللزوم عن البيع المعاطائي فتارة نفرض قيامه على نفي اللزوم مطلقاً . وأخرى نفرض قيامه على نفيه إجمالاً . وعلى الأول فيثبت ما ذهب إليه المحقق الثاني من أن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة وعلى الثاني فيثبت ما ذهب إليه بعض مشايخ الشهيد الثاني والأردبيلي وصاحب الحدائق وغيرهم من أنها تفيد الملكية اللازمة فيما إذا كانت القرينة القائمة على تراض المتعاطين بالمعاملة المعاطائية لفظاً . بداهة أن الاجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن وهو ما ذكرناه . ولكن الذي يسهل الخطب أن ثبوت الاجماع التعبدي - في المقام - على نفي اللزوم إجمالاً أو تفصيلاً ممنوع .

ولا يخفى عليك أن الالتزام بهذا الرأي فيما إذا كان مدلول القرينة اللفظية هو التراضي بالمعاملة . وأما إذا كان مدلولها نفس المعاملة كان ذلك خارجاً عن حدود المعاطاة ، بل يصير مصداقاً للبيع اللفظي . وتتوقف صحته على عدم اعتبار اللفظ الخاص في إنشاء البيع ولعل هذا هو غرض المصنف مما كتبه في الهامش ، وهذا نصه :
(ولكن في عد هذا من الاقوال في المعاطاة تأمل) .

ثم لو فرضنا خروج المعاطاة عن مورد الاطلاقات والعمومات الدالة على نفوذ البيع ولزومه . أو فرضنا قيام الاجماع على أنها لا تفيد الملكية - وإن قصدتها المتعاطيان - إلا أنه قامت السيرة القطعية على جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة . وعليه فإن كان مفاد تلك السيرة هو مطلق التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك ثبت القول بالاباحة المطلقة . وإن كان مفادها هو جواز التصرف في الجملة ثبتت الاباحة الخاصة أي التصرفات غير المتوقفة على الملك ، ضرورة أن ذلك هو

القدر المتيقن من السيرة المزبورة .

وإذن فمدرك القول بالاباحة - سواء أكانت الاباحة مطلقة أم كانت خاصة - إنما هو الاجماع ، وعليه فالمراد من الاباحة المزبورة هي الاباحة الشرعية ، لا الاباحة المالكية لكي يتوقف تحققها في الخارج على كونها مقصودة للمتعاطين .

ومن هنا يندفع ما أورده المحقق الثاني على القائلين بأن المعاطاة تفيد الاباحة من أن القول بها ينافي قاعدة تبعية المقود للمقصور، فإن الملك المقصود حصوله بالتعاطي غير واقع بالفرض . والواقع - وهو الاباحة الخالصة - غير مقصود ووجه الاندفاع : أن هذا الاشكال إنما يتوجه على هؤلاء القائلين بالاباحة إذا كان مرادهم من ذلك الاباحة المالكية ، لا الاباحة الشرعية . وقد عرفت كونها شرعية . وموضوعها التعاطي الخارجي المقصود به الملك وقد حكم بها الشارع عند تحقق موضوعها . كما حكم باباحة أموال الناس المضطربين عند المحمصة والمجاعة .

وقد اتضح لك مما بيناه : أن ما ارتكبه صاحب الجواهر من حمل كلمات القائلين بالاباحة على فرض قصد المتعاطيين الاباحة المصطلحة إنما هو ناشيء من الغفلة عن مدرك الأقوال في المعاطاة .

ثم إذا قلنا بكون المعاطاة معاملة مستقلة ، كما حكاه السيد عن الشيخ الكبير كان ذلك خارجاً عن حدود البيع المعاطاتي الذي هو مورد بحثنا . وتدل على صحته آية التجارة عن تراض .

ما استدل به على أن المعاطاة تغير الملكية

قوله : (وذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك ولا يخلو عن قوة أقول : يقع البحث هنا تارة في أن المعاطاة تفيد الملكية . وأخرى في أن الملكية

الحاصلة بالمعاطاة هل هي ملكية لازمة أم هي ملكية جائزة ؟ . وسيأتي الكلام في الجهة الثانية .

أما الجهة الأولى فيمكن الاستدلال عليها بوجوه شتى :

١ — السيرة القطعية المستمرة القائمة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق والبيع والوطي والايصاء والتوريث وغير ذلك من آثار الملك . وأجاب عنه المصنف ، وإليك لفظه (وأما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة في الدين مما لا يخصص في عباداتهم ومعلاتهم وسياساتهم كما لا يخفى .)

ويرد عليه : أنه لا ريب في قيام السيرة - بين المسلمين بل بين عقلاء العالم - على صحة المعاملة المعاطاتية وترتيب آثار الملكية على المأخوذ بها . وبما أن الشارع المقدس لم يردع عن هذه السيرة فتكون حجة شرعية . ولو شككنا في ثبوت الردع فالأصل عدمه . قيل :

إن ثبوت الردع عن ذلك من الواضح بمكان ، لقيام الاجماع على أن المعاطاة لا تفيد الملكية . وإذن فتسقط السيرة عن الاعتبار .

ويرد عليه : أنه لم يقم اجماع تعبدى على ذلك . غاية الامر أنه نقل الاجماع عليه . وقد تفحصنا في علم الاصول عدم حججته ، إلا إذا حصل العلم باستناد المجمعين إلى رأي المعصوم (ع) ومن المحتمل القريب أن يكون استنادهم في فتواهم بعدم لزوم البيع المعاطاتي إلى الروايات المشهورة باعتبار اللفظ في البيع . وسيأتي التعرض لها .

٢ — قوله (تعالى) : وأحل الله البيع وحرم الرباء . البقرة . الآية ٢٧٤ .

وتقريب الاستدلال بهذه الآية على أن المعاطاة تفيد الملكية بوجهين :

الوجه الاول أنها تدل على صحة البيع المعاطاتي بالدلالة المطابقة ، لأن معنى الحل

في اللغة هو الاطلاق والارسال . ويعبر عنه في لغة الفارس بكلمة (بازداشتن) ويقابله التحريم ، فانه بمعنى المنع والحجر . ولا ريب أن الحل بهذا المعنى يناسب الحلمية الوضعية والتكليفية كليهما . وعليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحلمية الوضعية ، أو التكليفية كذلك يصح استعماله في كليهما معاً . ويختلف ذلك حسب اختلاف الموارد والقرائن . وهكذا الحال في لفظ التحريم - الذي هو مقابل الحل - فانه يعم التحريم الوضعي والتحريم التكلفي كليهما ، وإرادة خصوص أحدهما دون الآخر في بعض الموارد من ناحية القرائن الحالية أو المقالية .

وإذن فلا وجه للمناقشة في شمول لفظ الحل للحلمية الوضعية والتكليفية معاً بهدم وجود الجامع بينهما . وهذا واضح لا ريب فيه .

ثم إن الحل قد يتعلق بالأعيان الخارجية . وقد يتعلق بالأفعال الخارجية . وقد يتعلق بالامور الاعتبارية المبرزة بمبرز خارجي .

وعلى الأول فلا يصح الكلام إلا بالتقدير ، للدلالة الاقتضائية ، وصيانة لكلام المتكلم عن اللغوية . ومن هذا القبيل قوله (تعالى) : (احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحضات من المؤمنات) (١) فان متعلق الحل في هذه الآية إنما هو المطاعم والمأكول والمنكح . ومن الواضح أنه لا معنى لحلمية هذه الامور بنفسها ، بل المراد من حليتها إنما هو حلمية ما تعلق بها من الافعال المناسبة لها من الأكل والشرب والتمكح .

وعلى الثاني فلا شبهة في صحة الكلام بلا احتياج إلى التقدير ، ومنه قوله (تعالى) : (احل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم) (٢) . وكذلك الحال في الثالث ، ومثاله : أن يتعلق الحل بالمعاملات - التي هي الاعتبارات النفسانية المظهرة بمبرز

خارجي - فانها بنفسها قابلة للحلية وضماً وتكليفاً من دون احتياج إلى التقدير ومن ذلك قوله (تعالى) : (وأحل الله البيع) .

ولا يخفى عليك أن هذه الصور الثلاث - التي ذكرناها في استعمالات كلمة الحل - جارية بعينها في استعمالات كلمة التحريم أيضاً طابق النعل بالنعل والقذة بالقذة . والمتحصل من جميع ما بيناه : أن معنى قوله (تعالى) : (وأحل الله البيع) هو أن الله قد رخص في إيجاد البيع ، وأطلقه ، وأرسله ، ولم يمنع عن تحققه في الخارج وإذن فتدل الآية الكريمة دلالة مطابقية على جواز البيع تكليفاً ، وعلى نفوذه وضماً . ومن الواضح الذي لا خفاء فيه أن المعاطاة بيع . فتكون مشمولة للآية . وإذن فلا يتوجه عليه أي محذور من المحاذير والله العالم .

وقد ذكر بعض مشايخنا المحققين : أنه لا شبهة في (دلالة الآية بالمطابقة على الصحة . نظراً إلى أن الحلية أمر يناسب التكليف والوضع ، ولذا ورد في باب الصلاة حلت الصلاة فيه : أي جازت ، ووقعت في محلها ، فالحلية منسوبة إلى نفس البيع بما هو تسبب إلى الملكية . والمراد : - والله العالم - أنه تعالى أحله محله ، وأقره مقره ، ولم يجعله كالقمار بحكم العدم . وأما جعله من الحل في قبيل الشد : - بمعنى أنه لم يصد عنه ، وجعله مرضى العنان في تأثيره - فغير وجيه ، لأن الحل في قبيل الشد يتعدى بنفسه بخلاف أحل من الحلول) .

ويرد عليه : أن أحل من الحلول وإن وقع في الاستعمالات العرفية الصحيحة الفصيحة ، بل في الكتاب المجيد (١) إلا أن هذا المعنى لا يناسب الحل بمعنى الإطلاق والارسال الذي ورد في الآيات التي تقدمت الإشارة إليها قريباً . وورد أيضاً في استعمالات أهل العرف واللغة كثيراً . وتناً كد إرادة هذا المعنى الثاني فيما إذا استعمل

(١) قوله تعالى : وأحلوا قومهم دار البوار . إبراهيم ١٤ ، الآية : ٢٨

لفظ الحل في مقابل كلمة التحريم ، كما في قوله (تعالى) : (وأحل الله البيع وحرم الرباه) ووجه التأكد : أن الحل إذا أخذ بمعنى الحلول كان مقابله الازالة ، لا التحريم .

الوجه الثاني : ما ذكره المصنف ، وحاصله : أن المراد من حلية البيع في الآية السكرية إنما هو الحلية التكليفية ، لمقابلتها مع حرمة الرباه الظاهرة في الحرمة التكليفية ومن الواضح أن الحلية التكليفية لا يصح تعلقها بالبيع ، لأنه إنشاء تملك عين بمال . وحلية ذلك لا تحتاج إلى البيان . وعليه فلا بد من الالتزام بتعلق الحل في الآية بالتصرفات المترتبة على البيع . وحينئذ فتدل الآية على حلية التصرفات بالمطابقة وعلى حلية البيع بالالتزام ومن هنا ظهر أنه لا يمكن أن يراد من قوله تعالى : (وأحل الله البيع) الحلية الوضعية . لكي تدل الآية على صحة البيع دلالة مطابقة . وبما أن المعاطاة من أفراد البيع عرفاً فتكون مشمولة للآية وعليه فالحل في الآية الشريفة لا تدل على حصول الملكية بل إنما تدل على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك - كالبيع والعق والوطي والايضاء - ومن البين الذي لا ريب فيه أن إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك في غير مورد المعاطاة من ناحية الاجماع على وجود الملازمة بينهما . وأما المعاطاة فالقائلون بعدم إفادتها الملك قد حكوا بإفادتها الإباحة على وجه الإطلاق حتى صرح الشهيد الثاني في المسالك بأن من أجاز للمعاطاة قد سوغ جميع التصرفات . غاية الأمر أن الالتزام بإباحة جميع التصرفات يقتضي الالتزام بسبق الملك آنأ ما على التصرفات الموقوفة على الملك . ولا يقتضي ذلك الالتزام بسبق الملك من أول الأمر لكي توهم أن مرجع هذه الإباحة أيضاً إلى الملك .

وقد اتضح لك من ذلك فساد ما قيل من أنه لا وجه للالتزام بالملكية التقديرية ، إذ لو كانت المعاطاة مؤثرة في الملكية لأنرت فيها من أول الأمر والإفلا

ووجه الفساد : أن الالتزام بالملكية التقديرية إنما هو من جهة الجمع بين الأدلة ، والا فان المعاطاة لا تؤثر الا في الاباحة المطلقة .

ولكن يرد على المصنف وجوه .

١ — أنه لا ملزم لتخصيص الحل في الآية بالحل التكليفي فقط ، بل يعم ذلك الحلية التكليفية والوضعية ، بمعنى واحد وقد عرفته قريباً .

٢ — أنه لا وجه صحيح لصرف الحل في الآية الى حلية التصرفات ، ومنع تعلقه بنفس البيع بدعوى أن حلية انشاء البيع أمر واضح لا يحتاج الى البيان ، وذلك لأننا ذكرنا فيما سبق : أن البيع هو الاعتبار النفساني المبرز ببرز خارجي ، سواء أعلق به الامضاء من ناحية الشرع والعرف ، أم لم يتعلق به ذلك ، بل سواء أكان في العالم عرف وشرع أم لم يكن . وهذا المعنى هو الذي قد يكون موضوعاً للحرمة وقد يكون موضوعاً للحلية . كما ان الامر كذلك في سائر المعاملات .

٣ — ما ذكره شيخنا الاستاذ وحاصله : ان اباحة جميع التصرفات اذا اقتضت الملك في سائر المعاملات والتجاراات اقتضته في المعاطاة ايضاً ، اذ لا فارق بينها الا من ناحية توهم الاجماع في سائر المقامات دون المعاطاة ولكن هذا التوهم فاسد ، بداهة أن الاجماع دليل لبي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن ، وهو حصول الملكية آنأ ما في سائر المقامات ايضاً . وإذن فلا بد إما من الالتزام بحصول الملكية من أول الأمر في المعاطاة وغيرها ، وإما من الالتزام بعدم حصولها فيها إلا آنأ ما قبل التصرف .

٤ — أنه إذا دلت الآية على جواز مطلق التصرفات حتى المتوقف منها على الملك أستفيد من ذلك حصول الملكية من الأول . وعليه فلا وجه لعدول المصنف عن ذلك ، والتجأه إلى القول بالملكية التقديرية .

قيل : إن جواز التصرف شرعاً لا يلازم حصول الملكية ، كما أن الشارع قد

حكم بجواز التصرف في أموال الناس عند الضرورة والحاجة من غير أن يكون ذلك ملكاً للتصرف . نعم التصرفات المتوقعة على الملك تكشف عن تحقق الملك آنأما ما قبل التصرف لأجل الجمع بين الأدلة . والجواب عن ذلك :

أن التصرفات التي حكم بحلالتها في الآية المباركة هي التصرفات المترتبة على البيع ، ومن الواضح أن التصرف المترتب على البيع تصرف مالكي ، وجواز التصرف للمالكي يكشف عن الملكية كشفاً قطعياً . وعليه فدل على حلية التصرف بالدلالة المطابقة ، وعلى حصول الملكية من أول الأمر بالدلالة الالتزامية . وأما الالتزام بالملكية آنأما قبل التصرف فلازمه الالتزام بجواز التصرفات المتوقعة على الملك بغير عنوان الملكية مع فرض تحقق البيع في الخارج . وهذا بعيد عن مدلول الآية بحسب ما يفهمه أهل العرف من الكلام .

قيل : إن الآية لادلالة فيها على تأثير البيع في الملكية أصلاً ، إذ المفروض أن الحل قد تعلق بالتصرف ومن الواضح أنه إذا اريد من التصرف المزبور التصرف للمالكي لزم منه تعرض الحكم لاثبات موضوعه وهو أمر غير معقول . والجواب عنه : أن الحل في الآية وإن تعلق بالتصرف ابتداءً - على رأي انصاف - إلا أن إحلال التصرف يكشف عن حصول الملكية ولا يلزم من ذلك تعرض الحكم لايجاد موضوعه . نعم إذا قلنا بتحقيق الملكية من ناحية جواز التصرف لزم منه تكفل الحكم باثبات موضوعه ولكن به بعيد عما نحن فيه . قيل :

إننا لو سلمنا دلالة الآية على جواز البيع وضعاً وتكليفاً ، أو قلنا بدلالتها على حلية التصرفات ، واستكشفتنا منها الملكية من أول الأمر ، لكنها لا تشمل المعاطاة ، لعدم صدق البيع عليه ، إذ البيع إما من مقولة اللفظ - كما عن بعض الاعلام - بدعوى أنه لو كان من قبيل المعنى لزم منه القول بالكلام النفسي الذي هو مدلول الكلام اللفظي ، وهو باطل بالضرورة ، أو أنه من مقولة المعنى بدعوى أنه لو كان من قبيل

اللفظ لم يعقل إنشاؤه باللفظ ، وعلى كلا التقديرين لا يصدق مفهوم البيع على المعاطاة :
أما على الأول فواضح . وأما على الثاني فلأن البيع وإن كان من قبيل المعنى ، ولكن
صدق عنوان البيع عليه يحتاج إلى إبرازه باللفظ ، إذ المفروض أن الكلام النفسي
مدلول للكلام اللفظي ، ومن الواضح جداً أن المعاطاة لم تبرز باللفظ فتكون خارجة عن
حدود البيع جزماً . والجواب عن ذلك :

أن البيع ليس اسماً مجرد اللفظ ، وإلا لزم تحققه بالتكلم بلفظ بعث وإن لم
يتحقق به الانشاء ، ولا أنه اسم للاعتبار النفسي غير المبرز بمظهر خارجي ، وإلا لزم
تحققه بالاعتبار الساذج وإن لم يكن مبرزاً في الخارج . بل هو اسم للاعتبار النفسي
المظهر بمبرز خارجي . ومن الواضح أنه لا يعتبر في المبرز أن يكون من قبيل الالفاظ .
بل كما يصح إبراز الاعتبار النفسي باللفظ ، كذلك يصح إبرازه بغيره . وعلى كل
حال لاصلة المقام بالكلام النفسي الذي ذكرنا بطلانه في محله : ومما استدل به على أن
المعاطاة تفيد الملكية .

٣ — قوله (ص) : (إن الناس مسلطون على أموالهم) (١) ووجه
الاستدلال : أن الحديث المزبور قد دل على أن كل أحد مسلط على التصرف في أمواله
بانحاء التصرفات ، سواء في ذلك التصرفات الخارجية والاعتبارية . ومن التصرفات
الاعتبارية البيع المعاطائي ، وإذن فالمنع عن جواز البيع المعاطائي منافي لمعوم الحديث .
ويتوجه على هذا الاستدلال أولاً : أن النبوي المزبور ضعيف السند ، وغير
مذكور في كتب الشيعة إلا مرسلًا ومن الواضح أننا نعتمد على المراسيل في شيء
من الأحكام الشرعية ، لأنها غير مشمولة لأدلة حجية الخبر . قيل :
إن النبوي المزبور وإن كان ضعيفاً من ناحية الإرسال ، ولكن قد عمل به

المشهور، بل أرسله الفقهاء في كتبيهم الاستدلالية إرسال المسلمات حتى جعلوا مفاده من القواعد الفقهية المسلمة، ويلتجئون إليها في موارد شتى. وإذن فيكون عملهم هذا جازراً لو هن الخبز وضعفه. والجواب عن ذلك:

أن هذا اليوم فاسد كبرى وصغرى: أما الوجه في فساد الكبرى فلا أنه لا دليل على انجبار ضعف الرواية بعمل المشهور، لأن الشهرة إن كانت حجة في نفسها أخذ بها وإلا فإن ضمها إلى غير الحجة لا يفيد الاعتبار: وقد اشتهر في الألسنة أن فاقد الشيء لا يكون معطياً له نعم إذا كان عملهم وسيلة إلى توثيق الرواية كان ذلك قرينة على حجيتها. بل قد يكون عمل شخص واحد برواية سبباً لتوثيقها. إلا أنه غريب عن انجبار ضعف الخبر بعمل المشهور، فإن هذا فيما لم تعلم وثاقة الروات، بل لم تعلم روات الخبر - كما في المراسيل - ومن انبدهي أن عمل المشهور في أشباه ذلك لا يكشف عن وثاقة الروات. نعم يحتمل أنهم اطلعوا على قرائن لم نظف بها. ولكن هذا الاحتمال لا يعني من الحق شيئاً. مع أنه منقوض بما صرحوا به من عدم انجبار ضعف الدلالة بعمل المشهور، والملاك فيهما واحد. واحتمال الاطلاع على القرائن مشترك بينهما وأما الوجه في منع الصغرى فلا أن من المحتمل القريب أن المشهور قد استندوا في فتياهم بصحة البيع المعاطائي بغير النبوي من الوجود التي استدل بها على ذلك. ومن البين الذي لا ريب فيه انه بناء على انجبار ضعف الرواية بعمل المشهور فإن الشهرة إنما تكون جارة لو هن الرواية إذا علم استناد المشهور إليها. على أن المشهور بين القدماء هو القول بالإباحة. وإذن فلا شهرة في المقام لكي تكون جارة لضعف النبوي وأما الشهرة بين متأخري المتأخرين فليست بجارة اتفاقاً.

ثانياً: أنا لو سلمنا اعتبار النبوي من حيث السند لكن لا نسلم دلالة على المقصود، فإن المحتمل في معناه وجود ثلاثة:

١ - أن يراد من الحديث تسلط الناس على كل تصرف من أنحاء التصرفات

كماً وكيفاً . وعليه فاذا شككنا في جواز تصرف خارجي أو اعتباري من حيث
الوضع والتكليف تمسكنا بالحديث المزبور لأثبت مشروعية ذلك . ولكن يرد عليه :
أولاً : أن الألتزام بهذا الوجه يقتضي أن يكون النبوي في مقام التشريع :
بأن يدل على جواز كل تصرف لم تثبت مشروعيته من ناحية الشارع . وعلى هذا فاذا
شككنا في جواز تصرف تكويني - كالأكل والشرب - أو اعتباري - كالبيع
المعاطاتي ونحوه - تمسكنا بالنبوي لأثبت مشروعية ذلك التصرف ، ومن البديهي أنه
لم يقل به متفقه فضلاً عن الفقيه .

ثانياً : أن هذا الوجه يقتضي الألتزام بمشروعية غير واحد من المحرمات
الالهيية - كأكل جملة من الاطعمة المحرمة وشرب جملة من الأشربة المحرمة ولبس جملة
من الألبسة المحرمة التي هي مملوكة للمتصرف - فان النسبة بين دليل السلطنة وبين
أدلة بعض المحرمات هي العموم من وجه ، فيتعارضان في مورد الاجتماع ويتساقطان
فيرجع إلى أصالة الاباحة ، مع أن هذا ضروري البطلان . والمتحصل من ذلك أن الوجه
المزبور لا يمكن الألتزام به

٢ - ما ذكره المصنف وحاصله : أن عموم الحديث إنما هو باعتبار أنواع
السلطنة - كالبيع والاجارة والهبة والصلح وغيرها - وإذا شككنا في مشروعية نوع
منها - كالمزارعة والمضاربة والمساقات مثلاً - تمسكنا بعموم الحديث ونسبكم بثبوت
السلطنة هنا أيضاً . وأما إذا علمنا بمقدار السلطنة وكميتها بأن قطعنا بأن سلطنة خاصة
نافذة في حق شخص كبيع ماله من غيره ولكن شككنا في كيفية هذه السلطنة
وأن هذا البيع هل يوجد بالتعاطي أم لا بد فيه من القول الدال عليه فإنه حينئذ لا يجوز
لنا أن نتمسك بدليل السلطنة لأثبت مشروعية المعاطات في الشريعة المقدسة . وقد
اتضح لك من توضيح كلام المصنف الفارق بين هذا الوجه وبين سابقه حيث ان

العموم في الوجه الأول باعتبار الملكية والكيفية وفي الوجه الثاني باعتبار الملكية فقط ويرد عليه : أن الالتزام بهذا الوجه يقتضي أيضاً أن تكون الرواية في مقام التشريع وعليه فيجوز التمسك بعموم النبوي في أي مورد شك كنا في جواز نوع خاص من السلطنة - كالشك في جواز أكل لحم الأرنب ونحوه وهذا خلاف الظاهر من الرواية حسب المتفاهم العرفي ولأجل ذلك لم يتمسك به أحد في أمثال ذلك . ومن هنا ذكروا : أن دليل السلطنة لم يرد في مقام التشريع بل إنما ورد لاثبات السلطنة للمالك في الجهات المشروعة .

٣ - ما هو التحقيق من أن دليل السلطنة يتكفل ببيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة ، وعدم كونه محجوراً عن التصرف في تلك الجهات ، وليس لغيره أن يزاحمه في ذلك ، وعليه فمضأن دليل السلطنة شأن الأوامر المسوقة لبيان أصل الوجوب من غير نظر فيها إلى تعيين الواجب من حيث الحكم والكيف . وعلى الجملة : إن دليل السلطنة لا يدل على استقلال المالك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات بحيث لو منع الشارع عن التصرف فيها من ناحية خاصة كان ذلك مخصصاً لعموم الحديث . وقد تجلّى لك من ذلك أنه لو شك في جواز تصرف خاص - كالبيع المعاطاتي أو جواز الاعراض عن مال معين - فإنه لا يجوز التمسك في مشروعية ذلك بدليل السلطنة . ومما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية :

٤ - (قوله تعالى) : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) النساء الآية : ٢٨ .

فإن الآية الشريفة قد دلت على انحصار جواز التصرف في أموال الناس بما يكون تجارة عن تراض عرفاً . والبيع المعاطاتي كذلك وبيان ذلك بوجوبين :

١ - أن المراد من الأكل في الآية الكريمة ليس هو الازدراء - على ما هو معناه الحقيقي - بل إنما هو كناية عن التملك - وإن لم يكن ذلك المال من

جنس المأكولات كالدار والبستان والدكان وأشباه ذلك - وقد تعارف هذا النحو من الاستعمال في القرآن الكريم وفي كلمات الفصحاء ، بل في غير لغة العربية أيضاً ثم ان دخول كلمة الباء السببية على كلمة الباطل ، ومقابلتها في الآية مع التجارة عن تراض قرينتان على توجه الآية الى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الفاسدة . وعليه فان كان الاستثناء متصلاً - كما هو الظاهر والموافق للقواعد العربية - كان مفاد الآية أنه لا يجوز تملك أموال الناس بسبب من الأسباب فانه باطل إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض وإذن فتنفيذ الآية حصر الأسباب الصحيحة للمعاملة بالتجارة عن تراض وإن كان الاستثناء منقطعاً كانت الآية ظاهرة ابتداء في بيان التكبرى الكلية لكل واحد من أكل للمال بالباطل والتجارة عن تراض من غير أن يتعرض للحصر ، وعليه فلا يمكن التمسك بها فيما لا يعد في العرف من الأسباب الباطلة ، ولا من التجارة عن تراض . بل تكون الآية بالنسبة إليه مهمة . ولكن يمكن إثبات دلالة الآية على الحصر حينئذ بالقرينة المقامية بدعوى أن الله (تعالى) يصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات ، ويميز وجهها الصحيح عن وجهها الباطل ، ولأرب أن الأهل مما يخل بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية وإذن فالآية مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات في التجارة عن تراض سواء أكان الاستثناء متصلاً أم كان منقطعاً وعلى كلا التقديرين فتتل الآية بالمطابقة على صحة البيع المعاطاتي ، وكونه مفيداً للملك ، فان عنوان التجارة عن تراض ينطبق عليه عرفاً . ومما يؤيد كون الآية راجعة إلى بيان أسباب المعاملات تطبقها في بعض الروايات على القمار باعتبار كونه من الأسباب الباطلة (١)

٢ - أن يراد من الأكل في الآية الكريمة التصرف : أي لا تنصرفوا في أموال الناس بالأسباب الباطلة ، فانه حرام إلا أن يكون ذلك السبب تجارة عن

(١) راجع الوسائل ج ٢ باب ٦٣ تحريم كسب القمار من أبواب ما يكتسب به .

تراض . وعليه فتدل الآية بالمطابقة على حلية التصرفات تكليفاً - التي تترتب على التجارة عن تراض - وتدل على حصول الملكية من أول الأمر بالملازمة العرفية ، لما عرفت عند الاستدلال بآية حل البيع على المفصود من أن السنطة التكليفية على جميع التصرفات في شيء كاشفة عرفاً عن مالكية المتصرف لرقبة هذا الشيء وإن كانت الملكية تنفك عن السلطنة أحياناً - كما في المحجور - ولكن السلطنة المطلقة لا تنفك عن الملكية عرفاً . ولا يخفى عليك : أنه يجري في هذا الوجه جميع ما تقدم من النقض والابرام حول الوجه الثاني من وجهي الاستدلال على أن المعاطاة تفيد الملكية .

وقد ذكر المحقق صاحب البلغة : أنه لو كان الاستثناء في آية التجارة عن تراض متصلاً لزم من ذلك إما القول بالنسخ أو القول بكثرة التخصيص المستهجن ، بدهاه أن أسباب حل الأكل ليس منحصراً بالتجارة عن تراض ، بل يحل ذلك بالهبات والوقوف والصدقات والوصايا واروش الجنایات وسائر النواقل الشرعية والاباحات . سواء أكانت الإباحة مالكية ، أم كانت شرعية . وإذن فلا ملازمة بين أكل المال بالبطل ، وبين ما لا يكون تجارة عن تراض انتهى ملخص كلامه .

ويتوجه عليه أن جملة من الأمور التي ذكرها المحقق المزبور ليست مقابلة للتجارة عن تراض ، بل هي قسم منها ، كالهبات التي منها الصدقات المستحبة والوصايا بناء على اعتبار القبول فيها ، وسائر النواقل الشرعية كالاجارة والجمالة ونحوها . وجملة منها وإن كانت خارجة عن حدود التجارة عن تراض - كالوقوف والاباحات والوصايا بناء على عدم اعتبار القبول فيها - ولكن الالتزام بخروجها عن ذلك لا يستلزم كثرة التخصيص ، بدهاه أن الباقي تحت العام أكثر من الخارج .

ويضاف إلى ما ذكرناه : أن المستثنى منه في الآية إنما هو أكل مال غيره بعنوان التملك : بأن يملك الانسان باختياره مال غيره بغير التجرارة عن تراض . وما لا يكون كذلك - كالوقوف والزكوات والاحماس والمال الموصى به وصية تملكه بناء على

عدم اعتبار القبول فييا واروش الجنايات - خارج عن حدود المستثنى والمستثنى منه
تخصيصاً لا تخصيصاً (١).

كلام بعض الأساطين حول المعاطاة

قوله : (ولذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد
أن القول بالاباحة المجردة مع قصد المتعاطين التملك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد
(١) قد أغفل المصنف الاستدلال على مقصوده بقوله تعالى : (أوفوا بالعقود)
المائدة ٥ الآية : ٢ . مع أنه استدل به - فيما سيأتي قريباً - على أصالة لزوم في
العقود .

والوجه في ذلك : أن الآية إنما تدل على لزوم العقد دلالة مطابقة ، بداهة
أن الامر بالوفاء بالعقد إرشاد إلى لزومه ، وعدم انفساخه بالفسخ . وإذا دلت الآية
على لزومه بالمطابقة دلت على صحته بالالتزام ، إذ لا معنى لفساد العقد مع لزومه .
ومن البين الذي لا ريب فيه أن المعاطاة عقد بالحمل الشايح ، فتكون مشمولة لعموم
الآية .

ولكن ذكر المصنف فيما سيأتي قريباً : (أن الظاهر فيما نحن فيه قيام
الاجماع على عدم لزوم المعاطاة ، بل ادعاه صريحاً بعض الاساطين في شرح القواعد)
وعلى هذا فيكون الاجماع قرينة منفصلة على عدم شمول الآية للمعاطاة من حيث
الدلالة المطابقة . وقد ثبت في محله أن الدلالة الالتزامية تابعة للدلالة المطابقة .
وعليه فإذا سقطت دلالة الآية بالمطابقة على لزوم المعاطاة سقطت دلالتها الالتزامية
على صحتها . وإذن فتنصرف الآية الكريمة عن المعاطاة ، وتختص بالعقود اللفظية :
وهذا بخلاف آيتي حل البيع والتجارة عن تراض فانها تدلان على صحة البيع
بالمطابقة ، وعلى لزومه بالالتزام ، ومن البديهي أن سقوط الدلالة الالتزامية لا يضر
بالدلالة المطابقة . هكذا ينبغي أن يجرى المقام . لا على الوجه الذي ارتكبه غير
واحد من المحشين .

جديدة). أقول: يحسن بنا أن نبحث حول كلامه لكي يتضح لنا أن القول بالاباحة مع قصد الملك من التعاطي هل يستلزم تأسيس قواعد جديدة أم لا. وتلك القواعد ما يلي . منها:

١ - أن العقود وما قام مقامها تابعة للقصود من حيث الإيجاب والسلب: أي وقوع ما يقصد، وعدم وقوع ما لم يقصد. ومن البين أن القول بالاباحة مخالف لهذه القاعدة إيجاباً وسلباً. لأن ما قصده المتعاطيان لم يحصل في الخارج، وما حصل في الخارج لم يقصده المتعاطيان. وقد أجاب عنه المصنف بوجهين:

الأول: أن تبعية العقود للقصود فيما إذا دل الدليل على صحة العقد: بمعنى ترتب الأثر المقصود منه عليه. وعلى هذا فلا يعقل الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المزبور عليه. وهذا بخلاف ما إذا لم يدل دليل على ذلك - كالعقد المعاطاتي - ولكن حكم الشارع المقدس في مورده بالاباحة، فإنه لا يلزم منه تخلف العقد عن القصد، بداهة أن الاباحة المذكورة ليست إباحة عقدية لكي يلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل إنها إباحة شرعية مترتبة على المعاطاة ترتب الحكم على موضوعه. وعليه فمنزلة ذلك منزلة حكم الشارع بجواز الأكل من أموال الناس في الخمصة والحجامة، وبجواز أكل المارة من ثمرة الشجرة التي تمر بها وإن لم يرض المالك بذلك. انتهى ملخص كلامه في الوجه الأول (١).

(١) الأولى في الجواب أن يقال: إن كانت المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع فلا شبهة في كونها بيعاً صحيحاً ومؤثرة في الملكية من دون أن يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد. نعم لو ورد دليل الامضاء على خلاف ما قصده المتعاقدان لزم منه تخلف العقد عن القصد. إلا أنه بعيد عن المقام. ولا يفرق فيما ذكرناه بين القول بحصول الملكية من أول الأمر: وبين القول بحصولها آناً قبل التصرف.

الثاني: أن تخلف العقود عن القصد لأغرابه فيه . وقد وقع في جملة من

الموارد :

الأول: (أنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان

كل من العوضين القيمة ، لافادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه ، مع أنها لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر . وتوهم أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول ، وهو إقدامها على الضمان ، فلاحظ المسالك) .

ويرد عليه : أن سبب الضمان في العقود الفاسدة - على ما سيأتي - إنما هو اليد

نهاية الأمر أن الإقدام يكون منقحاً لموضوع ضمان اليد . وقد ذكرنا في محله : أن الإقدام بنفسه لو كان موجباً للضمان ، لتحقق الضمان بتحقق المعاملة في الخارج بالإيجاب والقبول ، مع عدم تحقق القبض والاقباض ، إذ المفروض تحقق الإقدام على المعاملة من ناحية المتعاملين ، مع أنه باطل بالضرورة . فيستكشف من ذلك أن سبب الضمان في أمثال الموارد هو اليد دون الإقدام .

الثاني: أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد المشروط به عند أكثر القدماء ،

مع أن ما قصد - وهو العقد المقيّد بالشرط الفاسد - غير واقع . والواقع الذي هو ذات العقد لم يقصد . نعم إذا قلنا بأن الشرط الفاسد يفسد العقد لم يتوجه هذا النقض على بعض الأساطين . ولكن التحقيق خلافه . ويأتي تفصيل ذلك في مبحث الشروط إنشاء الله .

— وإن لم تكن المعاطة مشمولة للمعومات الدالة على صحة البيع فلا شبهة في أنها لا تؤثر في الملكية ، إلا أنه قامت السيرة القطعية على إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطة حتى التصرف المتوقع على الملك من دون أن يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد ، إذ المفروض أن الإباحة المترتبة على المعاطة إباحة شرعية لا إباحة عقدية وهذا واضح لا خفاء فيه .

والتحقيق : أن الشرط قد يكون قيداً لأصل العقد بحيث يكون الانشاء معلقاً على حصول الشرط : بأن قال البائع : بعثك المتاع الفلاني إن قدم الحاج . وإلا فلا أبيع ، وقد يكون الشرط التزاماً آخر في ضمن الالتزام العقدي من دون أن يكون الملتزم به قيداً لأصل العقد . وعلى الأول فالتعليق يوجب فساد العقد وإن لم يكن الشرط فاسداً لقيام الاجماع على بطلان التعليق في العقود . وعلى الثاني فالالتزام بصحة العقد مع فساد الشرط لا يستلزم تخلف المقصود عن القصد وتفصيل الكلام في محله .

الثالث : أنه إذا باع الانسان ما يملكه مع ما لا يملكه : - بأن ضم مال نفسه إلى مال غيره وباعهما من شخص واحد في صفقة واحدة - فانه لا شبهة في صحة هذا البيع عند المحققين . مع أن ما هو مقصود للمتبايعين لم يقع في الخارج ، وما هو واقع فيه غير مقصود لهما . والجواب عن ذلك :

أن البيع المذكور وإن كان واحداً بحسب الصورة ولكنه منحل إلى بيعين غاية الأمر أن أحدهما صحيح منجزاً ، والآخر صحيح مشروطاً بإجازة المالك . والسري في ذلك أن حقيقة البيع متقومة بانشاء تبديل شيء من الاعيان بعوض في جهة الاضافة كما تقدم (١) ومن البديهي الذي لا ريب فيه أن هذا المعنى لا يربط له بقصد المالكين ومعرفتهما . وعليه فقصد البائع كون العقد لنفسه أو لغيره خارج عن حدود البيع . وإذن فلا يوجب ذلك تخلف العقد عن القصد بوجه . نعم مع عدم إجازة المالك يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة . ولكنه بعيد عن تخلف العقد عن القصد الذي هو محل الكلام في المقام .

الرابع : يبيع الغاصب المال المضمون لنفسه . فقد ذكر جمع كثير أن البيع يقع عن المالك فضولاً ، وتتوقف صحته على إجازته . مع أن المقصود - وهو كونه

البائع - لم يقع ، والواقع - وهو وقوع البيع عن المالك - غير مقصود . والجواب عن ذلك :

ما أشرنا إليه آنفاً من أن البيع إنشاءً تبديل عين بعوض في جهة الاضافة . ومن الظاهر أن قصد وقوعه عن المالك ، أو عن البائع خارج عن حدوده . وسيأتي التعرض لهذه المسألة في البحث عن بيع الفضولي . نعم لو كان شأن المالكين في البيع شأن الزوجين في عقد الزواج لكان ما ذكره المصنف من النقص على بعض الاساطين - صحيحاً ، ولكن الأمر ليس كذلك .

الخامس : أن العاقد إذا ترك ذكر الأجل في نكاح المتعة كان ذلك زواجاً دائماً وقد ذكر هذا في موثقة ابن بكير (١) . وأفتى به جمع من الفقهاء **رضوان الله عليهم** . مع أن المقصود - وهو نكاح المتعة - لم يقع . والواقع - وهو نكاح الدائم - غير مقصود .

والتحقيق : أنه إذا كان بناء العاقد - قبل مباشرته بايقاع العقد - على إنشاء نكاح المتعة ، ولكن نسي ذكر الأجل عند الانشاء وقصد الزواج الدائم فلا شبهة في أن الواقع حينئذ يكون نكاحاً دائماً وعليه فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد . وإذا كان بناء العاقد على إيقاع عقد المتعة حتى في مقام الانشاء ، والاشتغال باجراء الصيغة ، ومع ذلك نسي ذكر الأجل في مقام التلفظ ، أو تركه عمداً فإن الظاهر حينئذ بطلان العقد ، بداهة أن الزواج الدائم لم يقصد ، ولم ينشأ ، لأن الانشاء - كما عرفته مراراً - عبارة عن إبراز الامر النفساني في الخارج . وإذا لم يقصد العاقد الزواج الدائم لم يكن ذلك مبرزاً بالتلفظ . وأما الزواج المنقطع فلا يقع أيضاً في

(١) قال : (قال أبو عبد الله (ع) ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز . وقال : إن سمي الاجل فهو متعة . وإن لم يسم الاجل فهو نكاح بات) . الكافي ج ٢ ص ٤٥ . والوافي ج ١٢ ص ٩٦ .

الخارج ، إذ يعتبر في صحته ذكر الأجل على ما نطقت به الروايات (١) ، والمفروض أنه مفقود في المقام . وهذا بين لا ريب فيه . ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة :

٢ - أن القول بالاباحة يلزمه الالتزام بأحد أمرين على سبيل مانعة الخلو :
 وهما الالتزام بأن إرادة التصرف - في المأخوذ بالمعاطاة - مملوكة ، والالتزام بأن التصرف بنفسه من المملوكت ، وكلا الأمرين بعيد جداً ، بداهة أن المالك لم يقصد إلا تملك ماله من الأول ، وعليه فلا التزام بحصول الملكية بتصرف غير المالك ، أو بإرادته التصرف من دون أن يكون ذلك مقصوداً للمالك بعيد غايته .

ويتوجه عليه ما أفاده المصنف ، وحاصله : أنه لا مانع من الالتزام بحصول الملكية بإرادة التصرف ، فإن الجمع بين الأدلة يقتضي ذلك ، ضرورة أن الأصل يقتضي بقاء المأخوذ بالمعاطاة في ملك مالكة الأول . وقد قامت السيرة القطعية على جواز التصرف لكل من المتعاطين فيما انتقل إليه . وقد ثبت في الشريعة المقدسة أن بعض التصرفات - كالتق والبيع والوطي - لا يسوغ لغير المالك . ومن البين الذي لا ريب فيه أن الجمع بين هذه الأدلة يقتضي الالتزام بالملكية حين إرادة التصرف . وعليه فيكون شأن التصرف في المقام شأن تصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنها تصرفاً بالتق والبيع والوطي وأشباهاها (٢) . ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة :

(١) راجع الوافي ج ١٢ ص ٩٥ .

(٢) أقول : إن التصرفات الصادرة من المتعاطين على قسمين :

القسم الأول : مالا يتوقف جوازه على الملك - كالأكل والشرب والملبس ونحوها - فإن جواز هذه التصرفات لا ينوط بملك الرقبة ، بل تجوز لغير المالك أيضاً إذا دل عليه دليل . وقد فرضنا أن السيرة قد دلت عليه في المقام غاية الأمر أن يكون الاتلاف في محل الكلام موجباً للضمان بالمسمى ، دون المثل أو القيمة . وعلى هذا فلا محتاج إلى الالتزام بمملوكة التصرف ، أو بإرادته لكي يتمسك في إثبات -

٣ - أنه اذا قيل بأن المعاطة - المقصود بها الملك - تفيد الاباحة لزممت منه مخالفة القواعد المتسام عليها في موارد شتى :

منها تعلق الخمس بما في يد أحد المتعاطين ، مع أنه ليس بمالك له .
وتوضيح ذلك : أنه اذا أعطى أحد المتعاطين ديناراً لصاحبه ، وأخذ منه متاعاً يساوي أحد عشر ديناراً فإنه قد ربح في هذه المعاملة المعاطانية عشرة دنائير ، واذا بقي هذا الربح الى أن مضى عليه حول كامل - ولم يحصل مملك في البين ، كتصرف المشتري في المتاع ، أو تصرف البائع في الثمن ، أو تلف أحد العوضين - ثبت فيه الخمس . وعليه فيلزم تعلق الخمس بغير الاملاك ، وهو فقه جديد .

وقد يتوهم : أن غرض بعض الاساطين من ذلك هو استبعاد تعلق الخمس بالارباح والمنافع الحاصلة من الاتجار بالمأخوذ بالمعاطة . ولكنه توهم فاسد ، فإنه مخالف لصراحة كلامه بديهية أنه (ره) قد فرض مورد الاستبعاد فيما اذا كان العوضان باقين ، مع عدم تحقق التصرف من أحد المتعاطين ، ومن البين الذي لا ريب

— ذلك بالجمع بين الادلة . قيل :

انه لا يتحقق الضمان بالمسمى الامع ملك الضامن لما هو بدل عن المسمى ، وعليه فلا مناص عن الالتزام بمملكية التصرف أو ارادته . والجواب عن ذلك :
أنا لو سامنا توقف الضمان بالمسمى على ملك الضامن للعوض ولكن لانسلم توقف ذلك على مملكية التصرف أو ارادته . بل يمكن الالتزام بحصول الملكية آنأما قبل التصرف من ناحية الجمع بين الادلة . كما ألزم به المصنف سابقاً عند الاستدلال على صحة المعاطة بآتي حل البيع والتجارة عن تراض .

القسم الثاني من التصرفات : ما يتوقف جوازه على الملك - كالتق والوطي والبيع - وقد اتضح لك حكمه مما ذكرناه في القسم الأول ، بديهية أن الجمع بين الادلة يقتضي الالتزام بحصول الملك آنأما قبل التصرف . بلا احتياج في ذلك الى مملكية التصرف أو ارادته . وهذا واضح لا ريب فيه .

فيه أن حصول الربح بالتجارة لا يخلو عن أحد أمرين على سبيل مانعة الخلو : وهما التصرف ، وتلف العين ولو حكماً . وحينئذ فلا يتوجه على بعض الاساطين ما ذكره شيخنا المحقق واليك نصه (أما خمس ربح التجارة بالمأخوذ بالمعاطاة فلا محالة يكون حصول الربح مسبوقاً بالتكسب والتصرف في المال ، فيكون مملكاً له ولأصله . وليس هذا غريب آخر زيادة على غرابة مملكية التصرف) .

ومنها أنه يعامل مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك ، وتترتب عليه جميع آثار الملكية من الاستطاعة وتعلق الزكاة وحق الديان به وكونه إراثاً للورثة ووجوب الاتفاق منه وجواز الوصية به ، ولو كانت المعاطاة مفيدة للإباحة لزم من ذلك تعلق الامور المذكورة بالمباحات ، مع أنها لا تتعلق بغير الاملاك .

ومنها أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من غير شريكه بالبيع المعاطائي تعلق به حق الشفعة ، مع أنه لا يتعلق إلا بالبيع المؤثر في الملكية . ومن هنا لو أباح أحد الشريكين حصته لغيره لم يتعلق به حق الشفعة .

ومنها تعلق حق المقاسمة بذلك ، ومثاله : أنه إذا باع أحد الشريكين حصته من شخص آخر بالبيع المعاطائي جاز للمشتري أن يطالب المقاسمة من الشريك الآخر . وعليه فإن قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية فلا محذور فيه . وإن قلنا بأنها لا تفيد إلا الإباحة الخالصة لزم منه ثبوت حق المقاسمة لغير الملاك .

ومنها : أن الرباء يجري في البيع المعاطائي ، كما يجري في البيع اللفظي . وعليه فإن قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية كان ذلك موافقاً للقواعد الشرعية . وإن قلنا بأنها تفيد الإباحة لزم من ذلك جريان الرباء في المباحات . ومن الواضح أن ذلك تأسيس فقه جديد .

ومنها أنه لو كانت المعاطاة مفيدة للإباحة لزم من ذلك أن يتصف الآخذ بالمعاطاة بصفة الفقر ولو كان المأخوذ بذلك يكفي مؤونته ومؤونة عياله سنة واحدة — إذا لم يكن

عنده مال آخر يكفيه ولعياله حولا كاملا .

ولزم أيضاً أن لا تزول صفة الغنى عن المعطي ، لكونه مالاً لما أعطاه لصاحبه بالمعاملة المعاطاتية . وإذن فيجوز للأول أخذ الحقوق الشرعية المقررة للفقراء والمساكين ، ولا يجوز ذلك للثاني وإن لم يكن عنده ما يكفيه ولعياله سنة واحدة . ومن الظاهر أن هذا أمر عجيب .

وقد أجاب المصنف عن جميع الأمور المذكورة بما هذا لفظه : (وأما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض ، ودفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها) (١) .

(١) لا يخفى عليك ما في عبارة المصنف من الغلق والاضطراب واشتباه المراد كما يظهر لمن يعطف النظر على كلمات المحشين . والذي نفهمه منها : أنه لا مانع من الالتزام بعدم تعلق الامور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطاة ، مع بقاء مقابله ، وعدم تصرف كل من المتعاطين فيما بيده ، بداهة أنه لا محذور في الالتزام بذلك إلا الاستبعاد المحض . ومن البين الذي لا ريب فيه أن مجرد الاستبعاد لا يوجب أن تكون المعاطاة مفيدة للملكية لكي يصح الالتزام بتعلق الامور الزبورة بما في يد كل من المتعاطين . قيل :

إنه لا مناص عن الالتزام بتعلق تلك الامور بالمأخوذ بالمعاطاة لأن بناء التشريع وسيرتهم القطعية على أن شأن ذلك شأن سائر الأملاك . والجواب عنه : أن هذا وإن كان صحيحاً إلا أن الالتزام به من ناحية السيرة لا من ناحية الاستبعاد الذي هو مورد بحثنا . وإذن فتكون السيرة دايلاً على الملك بلا حاجة إلى الاستبعاد الزبور . وعلى هذا التفسير فرجع الضمير المحرور في كلمة (دفعه) هو لفظ عدم المحذوف المضاف إلى كلمة التعلق . والقرينة على الحذف هي سياق الكلام . ويمكن أن يكون غرض المصنف من تلك العبارة : أنه لا شبهة في تعلق الامور المذكورة - في كلام بعض الأساطين - بالمأخوذ بالمعاطاة - وإن كان ذلك -

ويحسن بنا أن نتعرض لأجوبة تلك الأمور، وإليك ما يلي :

أما الأتماس فهي لا تتعلق إلا بالملك، كما هو الظاهر من الأدلة الشرعية، وعليه فلا محذور في الالتزام بعدم تعلقها بالمأخوذ بالمعاطة على القول بكونها مفيدة للإباحة وأما الزكوات فلا شبهة في تعلقها بالمأخوذ بالمعاطة مع تمام النصاب، ومضي الحول عليه، ولا يفرق في ذلك بين أن يكون المأخوذ بالمعاطة ملكاً للأخذ وبين عدمه لاطلاق الأدلة، مثلاً إذا اشترى أحد - بالبيع المعاطي - خمساً من الأبل، ولم يوجد مملك في البين إلى أن مضى عليها حول كامل تعلقت بها الزكاة جزماً وتكون العين مشتركة بين المالك وبين المستحقين للزكاة بناء على تعلق الزكاة بالعين (١). نعم إذا كان عند الآخذ بالمعاطة ما تعلقت به الزكاة ولكن كان أقل من النصاب إلا أنه وصل

— من المباحات - بدهاة أنه لا مانع من أن يكون قسم خاص من المباح - الذي يجوز فيه مطلق التصرف حتى المتوقف منه على الملك - في حكم الملك، ولا محذور فيه إلا الاستبعاد المحض، وهو بنفسه لا يصلح للمانع عن تعلق الأمور المزبورة بالمأخوذ بالمعاطة.

وأما دعوى أن تعلق تلك الأمور بذلك مخالف للسيرة، لقيامها على عدم تعلقها بغير الملاك، فبملاحظة السيرة يستكشف ملكية المأخوذ بالمعاطة فهي إن صححت كان القول بالملكية حينئذ مستندة إلى السيرة، لا إلى الاستبعاد، ولا إلى لزوم مخالفة القواعد الشرعية.

ولكن الظاهر أن غرض المصنف هو الاحتمال الأول، بديهية أن مقصود بعض الأساطين إنما هو استبعاد عدم تعلق الأمور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطة. وقد تصدى المصنف لدفع هذا الاستبعاد وليس غرض بعض الاساطين استبعاد تعلق الأمور المذكورة بالمأخوذ بالمعاطة لكي يكون كلام المصنف مسوقاً لرفع هذا الاستبعاد وإثباتاً لتعلق تلك الأمور بذلك، هذا والله العالم بالضمائر.

١١٤ الذي يستفاد من الأدلة أن الزكاة متعلقة بالعين وأن النصاب مشترك بين —

إلى حد النصاب مع ضم المأخوذ بالمعاطاة إليه فإنه لا تجب فيه الزكاة ، بدهاة أن ماهو مملوك لا أخذ لم يصل إلى حد النصاب والمأخوذ بالمعاطاة ليس ملكاً له على الفرض لكي يتم به النصاب .

وأما صفة الغنى المانعة عن أخذ الحقوق الشرعية فهي غير متوقفة على الملك ، بل كل من تمكن من مؤونة نفسه وعياله سنة واحدة - ولو من المباحات - فهو غني .
وأما الاستطاعة فهي إنما تتحقق بكون المالك واجداً - بالفعل - لما يحج به من الزاد والراحلة ، وبمال كيته لمؤونة عياله بالفعل أو بالقوة . وقد فسرت الاستطاعة بهذا المعنى وبأمن الطريق في بعض الأخبار (١) . ومن البين أن هذا المعنى من الاستطاعة كما يتحقق بالملك كذلك يتحقق بالمباحات أيضاً التي منها المأخوذ بالمعاطاة على القول بالاباحة ، وقد انجلى مما بينا، أنه يصح تعلق حق النفقات والديون بالمأخوذ بالمعاطاة .

وأما حق الشفعة فلا يصح تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاة لأنه استحقاق الشريك

— المالك وبين المستحقين للزكاة ، سواء أكان الاشتراك على نحو الاشاعة أم كان ذلك على نحو الكلي في المعين ، وهذا الرأي هو المشهور بين الاصحاب رضوان الله عليهم . وهنا احتمالات اخر :

- ١ — أن الزكاة متعلقة بالذمة من غير أن تتعلق بالعين رأساً .
- ٢ — أن الزكاة متعلقة بالعين كمتعلق حق الرهن بالعين المرهونة ، فتكون حالها حال بيع العين المرهونة في حال الرهانة ، ثم فكها عن ذلك .
- ٣ — أن الزكاة متعلقة بالعين كمتعلق حق الجناية بالعبد الجاني ، وعليه فيكون بيعها التزاماً بالزكاة في الذمة كما أن المالك إذا باع عبده الجاني تعلق أرش الجناية بذمته ومن هنا اتضح لك الفارق بين الصورتين الأخيرتين .

للحصة المبيعة في شركته لكي يضمها إلى حقه . والمفروض أن المعاطاة لم تؤثر في الملكية بل في الاباحة فقط . وعليه فلم يحصل النقل والانتقال بالتعاطي حتى يثبت به حق الشفعة للشريك « ١ » .

وأما حق المقاسمة والمقارزة فهو لا يختص بالمالك بل يثبت لكل من جاز له التصرف في المال المشاع وإن لم يكن مالكا لجزء منه .

وأما الارث فهو أيضا لا يتوقف على الملك ، بل موضوعه ما تركه الميت ومن الظاهر أن المأخوذ بالمعاطاة مما تركه الميت ، فيكون لوارثه .

ويضاف إلى ذلك : أن موت أحد المتعاطين يؤثر في لزوم المعاطاة . وهذا واضح . ومن هنا اتضح لك جواز الوصية بالمأخوذ بالمعاطاة . ضرورة أنها تصير لازمة بموت الموصي .

وأما ما ذكره من استزمام القول بالاباحة جريان الرباء في المباحات فهو من العجائب . بديهية أن مورد البحث في المقام إنما هو المعاطاة الواجدة لجميع شرائط البيع إلا الصيغة الخاصة . وعليه فإذا كانت المعاطاة ربوية لم تؤثر في شيء من الملكية والاباحة ، لفسادها من ناحية الرباء . وإذن فلا إباحة في المقام لكي يلزم جريان

{١} نعم يظهر من المحقق الخراساني أن حق الشفعة يتعلق بالمأخوذ بالمعاطاة وإن لم يصير ملكا للأخذ . والوجه في ذلك أن موضوع حق الشفعة إنما هو بيع أحد الشريكين حصته من غير شريكه ، سواء أكان ذلك مفيدا للملكية أم كان مفيدا للإباحة . ويتوجه عليه .

أولا : أن ذلك خلاف الظاهر من أدلة الشفعة إذ الظاهر منها اعتبار الملكية في متعلق حق الشفعة .

ثانياً : أن موضوع حق الشفعة إنما هو البيع كما اعترف به المحقق المذكور ومن البين أن المعاطاة المفيدة للإباحة خارجة عن حدود البيع .

الرباء فيها . وهذا ظاهر لاخفاء فيه . ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة:

٤ — ما ذكره بعض الاساطين من « كون التصرف من جانب مملوكاً

للجانب الآخر . مضافاً إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف » . وقال المصنف :

﴿ وأما كون التصرف مملوكاً للجانب الآخر فقد ظهر جوابه ﴾ .

ووجه الظهور : أنه لما كان التصرف من جانب مملوكاً للتصرف لزم كونه

مملوكاً للجانب الآخر أيضاً ، الذي لم يصدر منه التصرف وإلا لزم اجتماع العوض

والمعوض في ملك المتصرف .

وعليه فكما أن الجمع بين الأدلة يقتضي كون التصرف مملوكاً للمتصرف كذلك

يقتضي كونه مملوكاً للطرف الآخر أيضاً ، ومما ذكره بعض الأساطين :

٥ — أن القول بالاباحة يستلزم مخالفة القواعد المتسام عليها في نواحي شتى :

الناحية الأولى : كون التلف الساموي من جانب مملوكاً للجانب الآخر ،

لاتفاق الفقهاء على أن كلا من المتعاطيين يملك لما بيده من المأخوذ بالمعاطاة مع تلف

بدله من الجانب الآخر . وعليه فإن قلنا بأن المعاطاة تفيد الملك فلا محذور فيه وإن

قلنا بأنها تفيد الاباحة فيلزم أن يكون التلف من جانب مملوكاً للجانب الآخر ، بديهة

أنه لم يحدث في المقام إلا أمران ، وهما التعاطي والتلف والمفروض أن الأول لا يفيد

إلا الاباحة ، وعليه فلا بد لنا إمامن القول بكون التلف مؤثراً في الملكية فهو غريب ،

أو القول بمحصول الملكية بغير سبب فهو محال .

الناحية الثانية : أنه إذا تلف أحد العوضين تلفاً قهرياً فإن قلنا بأن من تلف المال عنده

يملك التالف قبل تلفه فهو عجيب ، بديهة أنه ملكية لو حصلت بغير سبب لزم تحقق

المعلول بدون علته . وإن حصل ذلك بسبب التلف لزم تقدم المعلول على علته ، ومن

البين أن كليهما غير معقول . وإن قلنا بمحصول الملكية مع التلف فهو بعيد ، إذ لا موجب

للاتزام بالملكية في خصوص زمان التلف دون ما قبله . على أن زمان التلف هو زمان

إعدام الملكية ، لازمان حدوثها ، ومن ذلك يظهر بطلان الالتزام بالملكية بعد التلف فان من الواضح أن تملك المعلوم غير معقول . على أن ذلك لغو محض ، إذ لا يترتب عليه أي أثر من آثار الملكية . وإن قلنا بعدم كون التالف ملكاً للاخذ لزم أن يكون بدله ملكاً للجانب الآخر مجازاً فهو غريب ، وإذن فلا مناص عن الالتزام بحصول الملكية - في البيع المعاطائي - من أول الأمر .

الناحية الثالثة : أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الاباحة كان التلف من الجانبين معيناً للمسمى من الطرفين . وعليه فلا يرجع كل من المتعاطيين إلى المثل أو القيمة لكي يكون لأحدهما حق الرجوع إل مابه التفاوت بين العوضين ، مع أن القاعدة - على القول بعدم الملك - تقتضي الضمان بالمثل أو القيمة ، دون المسمى ، بديهة أن الضمان بالمسمى يقتضي كون التالف ملكاً للمتالف ، وعليه فيعود الاشكال المتقدم : أعني حصول الملكية بلا سبب ، أو بسبب التلف .

الناحية الرابعة : أنه إذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاة أو تلف ذلك عنده . فان قلنا بأن المعاطاة تفيد الملكية فلا محذور فيه ، لأن الغاصب يكون ضامناً للمغضوب منه . وإن قلنا بأنها تفيد الاباحة فان قلنا بأن الغاصب ضامن للمغضوب منه : أعني المباح له دون المالك الأصلي الذي هو المبيع - لزم أن يكون الغصب أو التالف عند الغاصب مملكاً . وهو غريب ، وإن قلنا بعدم الملك وأنه ليس له حق المطالبة ، وإنما هو ثابت للمبيع فهو بعيد ، ومناف للسيرة القطعية .

وقد أجاب المصنف عن تلك النواحي غير الناحية الأخيرة بما حاصله : أن دليل ضمان اليد يقتضي كون كل من العوضين مضموناً للملكة الأصلي بعوضه الواقعي أعني به المثل أو القيمة . لكن مقتضى الاجماع والسيرة على عدم الضمان بالعوض الواقعي يكشف عن أن التلف من مال من تلف عنده ، وبضميمة أصالة عدم حصول الملكية إلا بالمقدار المتيقن ثبتت الملكية قبل زمان التلف بأن ، وعليه فالجمع بين

هذه الأدلة يقتضي كون كل من العوضين ملكاً لكل من المتعاطين آناً ما قبل التلف ، وحينئذ فيكون التلف موجباً لتعين المسمى من الجانبين . سواء في ذلك كون التلف من جانب واحد وكونه من جانبين .

والسرفي الالتزام بالملكية التقديرية : أنه يدور الأمر بين تخصيص دليل اليد بالاجماع المزبور والقول بعدم الضمان بالمثل أو القيمة في مورد التعاطي ، وبين التخصص : أي الالتزام بحصول الملكية - في ذلك - من أول الأمر حفظاً لعموم دليل اليد عن التخصيص . وقد حقق في محله أنه كلما دار الأمر بين التخصيص والتخصص فيقدم الثاني . وعليه فمقتضى القاعدة أن نحكم بحصول الملكية - في مورد المعاطاة من أول الأمر . ولكن الأصل المذكور يقتضي عدم تحقق الملكية إلا آناً ما قبل التلف وعليه فشأن المقام شأن تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع .

ثم إن غرض المصنف من تقديم التخصص على التخصيص ليس هو إثبات الضمان بالمسمى من ناحية الدليل الدال على ضمان اليد ، بل غرضه من ذلك إنما هو حفظ الدليل المزبور عن التخصيص ، وإبقائه على عمومه . وأما الضمان بالمسمى فانما يثبت بحصول الملكية في مورد المعاطاة . وإذن فلا يتوجه على المصنف ما ذكره السيد وهذا نصه : (أن الحكم بالضمان بعوض المسمى ليس عملاً بعموم على اليد ، لأن مقتضاه وجوب المثل أو القيمة ، لا المسمى ، فع فرض الاجماع على الملكية لا بد من الالتزام بتخصيص قاعدة اليد إذا لم نحكم بالملكية من أول الأمر) .

وأجاب المصنف عن الناحية الأخيرة بما هذا لفظه : (وأما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة فالظاهر - على القول بالإباحة - أن لكل منها المطالبة مادام باقياً ، وإذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المصنوب منه) . ثم قال : (نعم لولا قام إجماع كان تلفه من مال المالك لولم يتلف عوضه قبله) .

وغرضه من هذه العبارة الأخيرة : أنه لولا الاجماع على الملكية قبل تلف

العين كان مقتضى القاعدة اختصاص المالك بالمطالبة ، لأن العين قد تلفت في ملكه نعم لو تلفت العين الاخرى قبل تلف المصنوع اختص المصنوع منه بالمطالبة ، ووجه ظاهر .

ولكن النسخة المشهورة هكذا (نعم لو قام إجماع الخ) وعليه فغرض المصنف من هذه العبارة : أنه إذا قام الإجماع على عدم حصول الملكية - في البيع المعاطاتي - بتلف أحد العوضين - عند الغاصب ، مع بقاء العوض الآخر - كان التلف في ملك المالك الأصلي ، فيكون له حق المطالبة من الغاصب ، ولا يثبت ذلك الحق للمصنوع منه : أعني المباح له . إلا أن هذا ليس بصحيح ، بديهته أن عدم كونه التلف - عند الغاصب - مملوكاً لا يحتاج إلى الإجماع ، بل يستغنى عنه باستصحاب بقاء المأخوذ بالمعاطاة في ملك مالكه الأصلي . وهذا واضح لا شك فيه . ومما ذكره بعض الأساطين من القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة :

٦ -- أنه يجوز للأخذ بالمعاطاة أن يتصرف في النماء الحادث من المأخوذ بالمعاطاة قبل التصرف فيه ، وعليه فجواز التصرف في النماء إما من ناحية أن حدوث النماء مملك للنماء ، وإما من ناحية أن المالك الأصلي قد أذن للمباح له أن يتصرف في النماء ، كاذنه في التصرف في أصله . وعلى الأول فإن قلنا بأن حدوث النماء مملك للنماء فقط ، لا لأصله فهو بعيد ، إذ لا وجه للتفكيك - في ذلك - بين النماء وأصله خصوصاً في النماء المتصل . على أنه لم يعهد من مذاق الشارع المقدس أن يكون حدوث النماء في العين من جملة الاسباب لتملك النماء . وإن قلنا بأن حدوث النماء مملك لنفسه ولأصله معاً ، أو قلنا بأنه مملك لأصله بالأصالة ولنفسه بالتبعية فهو غريب ، فإن ذلك مناف لظاهر أكثر الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكية في المأخوذ بالمعاطاة من دون التصرف فيه المتوقف على الملك ، وعلى الثاني - وهو أن يكون التصرف في النماء مستنداً إلى إذن المالك - فشمول الاذن في التصرف في النماء أمر خفي لا يمكن

الالتزام به ، بديهة أن المالك الأصلي لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في نفس المأخوذ بالمعاظة ، لا في متفرعاته الحاصلة بعد التعاطي . انتهى حاصل ما أفاده بعض الاساطين وقد أجاب عنه المصنف « ره » بوجهين :

الأول : أن حكم النماء - الحاصل من المأخوذ بالمعاظة - حكم أصله ، فكما أن الأصل ليس ملكاً للأخذ ، كذلك النماء . نعم يجوز للمباح له أن يتصرف في النماء ، كما كان له أن يتصرف في أصله .

الوجه الثاني : أنه يمكن أن يكون النماء حادثاً في ملك المباح له بمجرد إباحة أصله : بأن يسكون إباحة الأصل موضوعاً لحكم الشارع بملكية النماء انتهى ملخص كلامه في الوجهين .

ولكن يتوجه على الأول : أن المالك الأصلي إذا فرض أنه لم يأذن للمباح له إلا في التصرف في المأخوذ بالمعاظة ، كان تصرف المباح له في النماء تصرفاً في مال غيره بدون إذنه ، فهو حرام عقلاً وشرعاً .

ويتوجه على الثاني : أنه لا دليل على حدوث النماء في ملك المباح له ، إذ لم يحدث في البين مملك لذلك النماء ، ولا لأصله ، ولا لهما معاً . ولا يقاس هذا بما تقدم سابقاً من تصوير ترتب الاباحة الشرعية على التعاطي ، مع قصد المتعاطيين الملكية ، لما عرفته من أن ذلك من ناحية الجمع بين الأدلة ، ولا شبهة أن هذا لا يجري في المقام (١) .

(١) قد أجاب المحقق النائني عن بعض الاساطين بما هذا نص مقررته :

« فالحق أن يقال : إن مقتضى قوله « من » الخراج بالضمأن أن يكون النماء ملكاً له « المباح له » بناء على ما سيجيء في معنى الخبر ... وحاصله : أن كل من تعهد ضمان شيء بالتضمين المعاملي فمنافعه له . وهذا من غير فرق بين أن يكون التضمين على نحو الاباحة أو التملك ، فإن مقتضى إطلاقه كون منافعه للضامن : —

ويمكن الجواب عن بعض الأساطين بوجهين على سبيل الانفصال الحقيقي :

١ - أن النماء وإن لم يصر ملكاً للمباح له ولا يمكن مجوز له التصرف فيه ،
بداهة أن الاذن في التصرف في شيء يلزم عرفاً الاذن في التصرف في توابعه
ولو ازمه فجواز التصرف في النماء من لوازم جواز التصرف في الأصل .

٢ - أن يكون كل واحد من النماء وأصله ملكاً للمباح له ، ضرورة أن

المعاطاة بيع عرفي ، فتشكون مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع ونفوذه . ولا ريب
في أن مقتضى ذلك إنما هو حصول الملكية في البيع المعاطائي من أول الأمر .
كما هو كذلك في موار البيع بالصفة . ولكننا قد التزمنا بعدم حصول الملكية في
مورد البيع المعاطائي من ناحية الاجماع . ومن الظاهر أن الاجماع دليل لبي فيقتصر
فيه بالمقدار المتيقن ، وهو قبل حصول النماء في المأخوذ بالمعاطاة . وإذن فلا مانع من
التمسك بتلك العمومات والحكم بصيرورة ذلك ملكاً للأخذ بمجرد حصول النماء
فيه . ومن القواعد الجديدة اللازمة على القول بالاباحة :

٧ - أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الاباحة لزم منه « قصر التمليك على التصرف

مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن في التمليك . فيرجع إلى كون التصرف
في تمليكه نفسه موجباً قابلاً . وذلك جار في القبض ، بل هو أولى منه ، لا قترانه بقصد

— ومعنى كون الشخص ضامناً لما يملكه ، أو لما أبيع له هو أنه لو تلف يكون دركه
عليه ، ويكون عوضه المسمى ملكاً للطرف الآخر الخ » .

والنبوي مذكور في مسنن البيهقي ج ٥ ص ٣٢١ .

ولكن يرد على المحقق المزبور أن النبوي المذكور ضعيف السند ، وغير منجز بشيء . على أنه
لا تشمل موارد التضمين على نحو الاباحة . لأن لازم ذلك أن لا يكون للمالك الأصلي
حق الرجوع إلى النماء ، مع عدم كون الأصل ملكاً للمباح له ، وهو بعينه .
وأضف إلى ذلك أن الجواب المزبور التزام بالتفكيك بين الأصل ونمائه وهو غريب .

التمليك دونه .

ويتوجه عليه : أنه لا مانع من اتحاد الموجب والقابل في العقود ، كما هو واضح على أنك قد عرفت فيما تقدم : أن الجمع بين الأدلة يقتضي كون التصرف بنفسه مملكاً للتصرف بلا احتياج في ذلك إلى إذن المالك الاصيل لكي يلزم منه اتحاد الموجب والقابل . وأما القبض فهو لا يتوقف على الملك حتى يلزم كونه مملكاً من جهة الجمع بين الأدلة . وهذا بخلاف بعض أقسام التصرف ، كالبيع والعقود الوطي ، فإن ذلك متوقف على الملك جزئياً . كما عرفته قريباً .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بالأصل

هل الأصل في المعاطاة وسائر العقود هو اللزوم ، أم هو الجواز ؟ الظاهر هو الأول وقد استدلل عليه المصنف بوجوه شتى منها :

١ - أصالة اللزوم في الملك ، لأننا إذا فرضنا حصوله بالبيع المعاطائي ثم شككنا في زواله بفسخ أحد المتعاطين وعدم زواله اقتضى الاستصحاب بقاءه . وتوضيح ذلك يقع في نواحي ثلث : الناحية الأولى أن المراد من الاستصحاب المذكور هو الاستصحاب الشخصي ، لا الكلبي . الناحية الثانية : أننا لو سلمنا كونه كلياً ، إلا أنه لا محذور في جريانه في المقام الناحية الثالثة : ما هو مقتضى القاعدة فيما إذا لم يتضح لنا أحدهما ، بل دار الأمر بين كون الاستصحاب المزبور كلياً ، وبين كونه شخصياً ؟ ثم إن الكلام في هذه النواحي مع الاغضاء عن عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية الالهية ، وإلا فلا مورد للاستصحاب في أمثال الموارد ، على ما حققناه في علم الاصول .

الناحية الأولى : أن المراد من استصحاب الملكية في المقام هو الاستصحاب

الشخصي ، لأن الملكية لها حقيقة واحدة فإذا ترتبت على البيع ونحوه من العقود المعاوضة وشككنا في بقاءها وزوالها حكمنا ببقائها من ناحية الاستصحاب .
ولست لهذه الملكية حقائق متعددة لكي يكون استصحابها كلياً ، وأما النزول والاستقرار فليسا من ناحية الاختلاف في حقيقة الملك وماهيته ، بل هما متزعا من حكم الشارع بجواز فسخ العقد وعدمه . ومنشأ هذا الاختلاف إنما هو اختلاف عناوين المعاملات التي هي موضوع لحكم الشارع بالملكية لا اختلاف حقيقة الملك .

وبتعبير آخر : أن مورد الاستصحاب الكلي ما يكون المشكوك فيه مردداً بين الفرد الزائل والفرد الباقي بحيث يكون الشك من ناحية تردد المشكوك فيه بينهما ، فإنه حينئذ يستصحب الكلي الجامع بين هذين الفردين ، ومثال ذلك : الحيوان المردد بين ما يعيش سنة ، وما لا يعيش إلا يوماً واحداً . وكالحادث المردد بين الأصغر الزائل بالوضوء ، والاكبر الذي لا يرفع إلا بالغسل ، وغير ذلك من الأمثلة .

وأما لو كان الشك من ناحية بقاء الفرد الحادث وارتفاعة في نفسه ، لامن ناحية كون الحادث مردداً بين الزائل والباقي فإن المورد حينئذ إنما هو مورد الاستصحاب الشخصي ، وذلك كالشك في بقاء الامور الشخصية وزوالها . ولاشبهة أن الملكية من القليل الثاني ، مثلاً إذا وهب أحد ماله لشخص ثم رجع عن هبته وشككنا في أنها هبة جائزة لكي تفسخ بالفسخ ، أو هبة لازمة حتى لا تزول بالفسخ إذا شك في ذلك استصحبنا الملكية ، لأن الشك في بقاء شخص الملكية وزوالها من ناحية احتمال اقترانها بالرافع ، لا من جهة تردد هذه الملكية بين الفرد الزائل والفرد الباقي .

ومن الواضح أنه لو كان مجرد الشك في بقاء شيء وزواله لاحتمال تحقق الرافع من الاستصحابات الكلية لكان جل الاستصحابات لو لم يكن كلياً من قبيل الاستصحاب الكلي وهو واضح البطلان . واذن فلا يتوجه على استصحاب الملكية في المقام

ما يتوجه على الاستصحاب الكلي من المناقشات «١» .

«١» قيل : إنا نرى بالعيان ، ونشاهد بالوجدان أن سبب الملك اللازم — كالبيع — يفائر سبب الملك الجائز — كالهبة — تفائراً حقيقياً وعليه فلو كانت الملكية الحاصلة منها حقيقة واحدة ، وماهية فاردة لزم من ذلك تأثير ماهيات كثيرة في ماهية واحدة ، وهو محال . وإذن فالملك الجائز ، والملك اللازم مختلفان نوعاً ، لاختلاف سببهما . وعلى هذا فاستصحاب الملكية مع الشك في زوالها وبقيائها من الاستصحابات الكلية ، لا الشخصية .

وأجاب عنه بعض المحققين من المشايخ ، واليك لفظه : أن (اختلاف السبب بما هو سبب كاشف قطعي عن اختلاف المسبب . وأما اختلاف ذات السبب فلا ، لا يمكن تأثير السببين بجماعهما أثراً واحداً ، وهو الملك ، وبخصوصيتهما حكيمين مختلفين وهما اللزوم والجواز) ..

وفيه أن إمكان تأثير الأسباب العديدة بجماعها أثراً واحداً لا يكفي في اثبات اتحاد المسبب لكي نستصحبه بشخصه مع الشك في بقائه وزواله والتحقق : أن الجواب عن المناقشة المزبورة بوجهين :

١ — أن في إطلاق السبب على عنوان المعاملة مساححة واضحة ، إذ لا تأثير له في الملكية بوجه ، غير أنه موضوع للملكية الشرعية أو العقلية . ولا شبهة أرهذه الملكية تتشخص باعتبار المعبر ، وإذن فالملكية المترتبة على عنوان المعاملة ملكية شخصية . فإذا شك في بقيائها وزوالها استصحبناها .

وبتعبير آخر : أنه قد يراد من الملك مفهومه القابل للصدق على جميع أفراد الملك . ولا ريب في أنه كلي ، ولو سكنه خارج عن محل البحث ، بداهة أن المترتب على المعاملة ليس هو المفهوم ، بل مصداقه .

وقد يراد به ما اعتبره المنشي في عالم الاعتبار ، وأظهره بمرز خارجي . ولا شبهة في أن هذا جزء من عنوان المعاملة — كالصلح والهبة والبيع — ضرورة —

ثم إن المصنف « ره » قد أيد ما أفاده - من أن اللزوم والجواز من أحكام السبب الملك ، لا من خصوصيات الملكية - بما حاصله :
 أنه لو كان اللزوم والجواز من ناحية حقيقة الملك لكان تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين إما بجعل المالك ، أو بحكم الشارع . وعلى الأول فيلزم تأثير قصد المالك في الرجوع وعدمه ، وهو واضح البطلان . وعلى الثاني فيلزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ ، وهو أيضاً بديهي الفساد ، لما عرفته فيما تقدم قريباً من أن العقود تابعة للقصد ، فيستحيل أن يكون إمضاء الشارع من حيث هو إمضاء على خلاف ما قصده المنشئ .
 نعم يمكن أن يكون إنشاء المنشئ موضوعاً لحكم الشارع على خلاف مقصود المنشئ .
 ولكنه غريب عن قاعدة تبعية العقود للقصد .

ولكن يرد عليه أن الملكية المنشأة في كل عقد إنما هو ملكية أبدية في غير موارد جعل الخيار . وذلك لما بيناه في محله من استحالة الأهمال في الواقعيات ،
 — أنها عبارة عن الاعتبار النفساني المظهر بمظهر خارجي . ولا شك في أن المعتبر النفساني ليس الاًشخصياً .

وقد يراد من الملك الملكية الشرعية . وبديهي أنها ليست إلا امضاء لما اعتبره المنشئ ، فتكون شخصية بشخصية ما اعتبره المنشئ . وعليه فاذا شك في بقائه كان استصحابه من الاستصحاب الشخصي .

٢ — أن اختلاف الملكية في اللزوم والجواز إنما هو باختلاف المصالح التي دعت الى اعتبار الملك لازماً تارة ، وجائزاً تارة اخرى . ومن البديهي أن هذا أجنبي عن نفس الملكية التي هي أمر اعتباري محض .

وقد تجلّى لك من ذلك فساد ما قيل من أن الملكية المترتبة على المعاملات وان كانت شخصية ولكنها ذات مراتب شتى ، فتكون كلية من هذه الناحية واذن فالاستصحاب الجاري فيها استصحاب كلي لا شخصي .

وعليه فالجموع في الواقع إما مطلق أو مقيد ، وبما أنه غير مقيد على الفرض لعدم جعل الخيار فيه ، فلا مناص عن كونه مطلقاً ، وإذن فيلزم من إمضاء الشارع العقد مقيداً تخلف العقد عن القصد ، سواء أقلنا بأن اللزوم والجواز من خصوصيات الملكية ، أم قلنا بأنها من أحكام السبب المملك . ولكن لا محذور في تخلف العقد عن القصد . وقد وقع نظيره في موارد شتى - كبيع الصرف والسلم وغيره - وقد أشرنا إلى ذلك في البحث عن كلام بعض الأساطين .

الناحية الثانية : أنالو سلمنا كون استصحاب الملكية من الاستصحاب الكلي ولكن لا محذور في جريانه في المقام ، لأنه من القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلي الذي اثبتنا حجيته في مبحث الاستصحاب من علم الأصول . وقد أشار المصنف إلى جريانه هنا بقوله : (مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب فتأمل) .

وقد ناقش فيه المحقق الخراساني بما هذا نصه : (لا مجال لدعوى الكفاية على مختاره من عدم حجية الاستصحاب مع الشك في المقتضى . كما لا شبهة في صحتها على ما هو المختار من حجيته) .

وذكر السيد : (أن ما ذكره المصنف (قده) لا وجه له فيما إذا كان الشك في المقتضى أصلاً ، إذ حينئذ لا ارتفاع حتى يقل : إن الشك فيه مسبب عن وجود الفرد القصير مثلاً والأصل عدمه) .

ولكن التحقيق : أن مانحن فيه ليس من موارد الشك في المقتضى لكي يتوجه على المصنف منافية ما ذكره هنا لما بنى عليه في الأصول .

وتحقيق : المقام وبيان أن الشك هنا ليس من موارد الشك في المقتضى : أن الأحكام المجعولة على ثلاثة أقسام :

١ - ما يكون معلوم البوام في نفسه مالم يطرأ عليه رافع ، كاللكية والزجية

والطهارة والنجاسة وغيرها من الأمور الاعتبارية ، فانها بنفسها مقتضى البقاء ما لم يطرأ عليه رافع .

٢ - ما يكون مغيياً بغاية معينة بحيث ينعدم ذلك بنفسه بعد حصول تلك الغاية من غير أن يكون له استعداد البقاء في عود الزمان ، كالزوجة المنقطعة ، فان ذلك ينصرم بنفسه بعد تحقق غايته بلا استناد إلى عروض عارض له .

٣ - ما يكون مشكوك الغاية ، كما إذا تحققت زوجية بين رجل وامرأة ، ولم يعلم كونها دائمية أو منقطعة .

أما القسم الأول فلا شبهة في أن الشك في بقاءه من قبيل الشك في الرفع فيجري فيه الاستصحاب على مسلك المصنف وغيره .

وأما القسم الثالث فلا شبهة في أن الشك فيه من قبيل الشك في المقتضى فلا يجري فيه الاستصحاب على مسلك المصنف ، لأن المتيقن إذا لم يكن بنفسه مقتضياً للبقاء وقابلاً للجري العملي على طبقه ، لاحتمال كونه محدوداً بحد معين لم يكن عدم ترتيب الآثار عليه عند الشك في بقاءه من مصاديق نقض اليقين بالشك . وهذا الذي ذكرناه هو مراد المصنف مما أفاده في فرائده حول هذا البحث ، مع ما ذكره في مبحث الخيارات من مكاسبه عند البحث عن أن خيار الغبن هل هو فوري ، أم لا . ولكن لم يصل إلى مقصده غير واحد من الأعلام .

وأما القسم الثاني فمع العلم بتحقيق الغاية لا مجال لان يجري فيه الاستصحاب . كما أنه لا شبهة في جريان الاستصحاب فيه مع الشك في بقاءه قبل تحقق الغاية ، لأن ذلك من موارد الشك في الرفع .

وإذا شك في حصول الغاية فيثبت قد يكون الشك فيه من ناحية الشبهة الحكمية ، كالشك في أن الغاية لوجوب صلاتي المغرب والعشاء هل هي نصف الليل أم هي طلوع الفجر وقد يكون الشك في ذلك من ناحية الشبهة المفهومية ، كالشك

في أن الغروب الذي جعل غاية لوجوب صلاتي الظهر والعصر هل هو استتار القرص أم هو ذهاب الحمرة المشرقية . وقد يكون الشك في ذلك من ناحية الشبهة الموضوعية كالشك في طلوع الشمس الذي جعل غاية لوجوب صلاة الصبح .
أما القسمان الأولان فالشك في موردهما من الشك في المقتضى فلا يجري فيهما الاستصحاب على مسلك المصنف .

وأما الثالث فلا شبهة في جريان الاستصحاب فيه ، لأن الشك في طلوع الشمس وعدمه وإن لم يكن شكاً في الرفع حقيقة ، إذ الرفع إنما يكون زمائياً ، لا نفس الزمان ولكنه بمنزلة الرفع في أنظار أهل العرف . وإذن فيكون ذلك مشمولاً لأدلة حجية الاستصحاب هذا . وتفصيل الكلام في مبحث الاستصحاب من علم الأصول .
والمتحصل من جميع ما ذكرناه : أنا لو سلمنا عدم كون استصحاب الملكية من الاستصحاب الشخصي . ولكنه من قبيل القسم الثاني من أقسام الاستصحاب الكلي الذي لا شبهة في جريانه . وليس ذلك من موارد الشك في المقتضى لكي يحكم بعدم جريان الاستصحاب فيه بناء على مسلك المصنف .

ثم إن المناقشات المتوجهة على القسم الثاني من أقسام الاستصحاب الكلي وإن كانت كثيرة . ولكن المهم منها أمران :

١ - أن وجود الكلي بوجود فرده ، وعدم الكلي بعدم فرده . وعليه فالكلي في ضمن الحصة الزائلة مقطوع الزوال . وهو في ضمن الحصة الأخرى مشكوك فيه من أول الأمر . وإذن فالكلي مررد بين مقطوع الزوال ، ومشكوك الحدوث والجواب عن ذلك :

أن وجود الكلي ليس إلا عين وجود فرده . غاية الأمر أن الفرد ملحوظ بشرط شيء . والكلي ملحوظ لا بشرط : أي عارياً عن الخصوصيات الفردية والمشخصات الوجودية . وعليه فإذا كان وجود الكلي أمراً يقينياً ، وكان التردد في

خصوصياته صح أن يقال : إنه متيقن الوجود ، ويشك في بقاءه . وإذن فتكون أركان الاستصحاب في نفس الكلّي تامّة .

٢ - أن الشك في بقاء الكلّي ، وفي ماهو القدر المشترك بين الفردين مسبب عن الشك في حدوث الفرد الذي يبقى معه القدر المشترك على تقدير حدوثه . وإذا حكم بأصالة عدم حدوثه لزم منه ارتفاع القدر المشترك ، بديهية أن الأصل السببي حاكم على الأصل المسببي على ما حقق في محله . والجواب عنه :

أن الشك في بقاء الكلّي وارتفاعه ليس مسبباً عن الشك في حدوث ذلك الفرد الذي نشك في حدوثه . بل إنما هو من لوازم كون الحادث ذلك الفرد الذي لا يحتمل بقاءه ، أو الفرد الذي لا يحتمل ارتفاعه . ومن الواضح أنه ليس هنا أصل يعين أحدهما .

ومثال ذلك : أنه إذا تردد الحدث الصادر من المكلف بين الأكبر والأصغر ثم توضحاً فإنه حينئذ يشك في ارتفاع ذلك الحدث وبقائه . وعليه فلا يترتب على أصالة عدم حدوث الأكبر ارتفاع كلي الحادث إلا بضميمة القطع بأن الحادث هو الحدث الأصغر . ومن البين أن هذا لا يثبت بأصالة عدم حدوث الأكبر .

وأضف إلى ذلك : أن أصالة عدم حدوث أي واحد من الفردين معارض بدء بأصالة عدم حدوث الفرد الآخر . وتسقطان بالمعارضة . فيبقى استصحاب كلي الحادث سائماً عن المعارض . وفي المقام أن استصحاب عدم الفرد اللازم من الملكية يعارض استصحاب عدم الفرد الجزئ منها الذي يرتفع بالفسخ . فيسقطان للمعارضة . فيرجع إلى استصحاب نفس الكلّي الذي هو متيقن سابقاً ، ومشكوك فيه لاحقاً . ولعل المصنف رحمه الله قد أشار إلى هذين الأشكالين مع جوابهما بالأمر بالتأمل .

الناحية الثالثة : أنه إذا قلنا بعدم جريان الاستصحاب في القسم الثاني من الكلّي ، وشككنا في أن الاستصحاب فيما نحن فيه هل هو من الاستصحاب الشخصي

البي يحكم بجريانه ، أم هو من الاستصحاب الكلبي لكي يحكم بعدم جريانه ، إذا كان الأمر كذلك فإن كان المانع عن جريان الاستصحاب في الكلبي هو المناقشة الأولى المتقدمة قريباً - : أعني بهاتردد الكلبي بين كونه في ضمن الفرد الذي لا يحتمل بقاؤه ، وبين كونه في ضمن الفرد الآخر الذي هو مشكوك الحدوث من الأول فلا يجري الاستصحاب هنا ، لأنه إذا خرج القسم الثاني من الكلبي عن أدلة الاستصحاب وشككنا في أن المورد من القبيل الخارج ، أو من القبيل الباقي تحت العام ، كان التمسك بعموم تلك الادلة تمسكاً بالعموم في الشبهة المصدقية . وهو لا يجوز على ما حقق في محله .

وإن كان المانع عن ذلك هو المناقشة الثانية المتقدمة أيضاً - : أعني بها حكومة الاصل السببي عليه - فلا مانع عن استصحاب الملكية ، لأنه إن كان الاستصحاب كلياً فللمانع موجود : وهو الاصل الحاكم . وإن كان شخصياً فللمانع غير موجود . وحينئذ فيقع الشك في وجود المانع عن استصحاب الملكية ، وعدم وجوده . ومن البين الذي لا ريب فيه أنه ما لم يحرز الاصل الحاكم لا مانع عن جريان الاصل المحكوم وإذن فلا مانع عن استصحاب الملكية في المقام . ولعل هذا هو مراد المصنف من قوله : (مع أنه يمكن في الاستصحاب الشك في أن اللزوم والجواز من خصوصيات الملك ، أو من لوازم السبب الملك) بل هذا هو أمس بكلامه ، فإن الايراد المهم على جريان الاستصحاب في القسم الثاني من الكلبي هو الايراد الثاني .

ويمكن أن يكون غرضه من هذه العبارة : أن المنع عن جريان استصحاب الملكية مبني على إحراز أن اللزوم والجواز من خصوصيات الملك . ومن الظاهر أننا إذا لم نحرز ذلك لم يكن مانع عن الاستصحاب المذكور .

وقد ذكر شيخنا الاستاذ بما حصله : أن المورد وإن كان من موارد التمسك بالعام في الشبهة المصدقية ، إلا أنه لا بأس به في المقام ، بداهة أن المانع عن جريان الاستصحاب في

القسم الثاني من أقسام الكلي إنما هو العقل من ناحية أن الكلي إن كان في ضمن الفرد الزائل فهو مقطوع الزوال.. وإن كان في ضمن الفرد الآخر فهو مشكوك الحدوث وعليه فإذا شككنا في مورد أنه من مصاديق الاستصحاب الشخصي ليجري فيه الاستصحاب ، أو من مصاديق الاستصحاب الكلي لكي لايجري فيه ذلك ، حكنا بجزايانه فيه ، ضرورة أن المخصص اعموم لا تنقض اليقين بالشك دليل لبي فيقتصر فيه بالأفراد المتيقنة ، ويتمسك في غيرها بعموم أدلة الاستصحاب انتهى ملخص كلامه . والجواب عن ذلك :

أن هذه الكبرى التي أفادها وإن كانت مسلمة في نفسها على ما تقحناه في علم الاصول ، ولكنها لا تنطبق على ما نحن فيه ، بداهة أن التمسك بالعام في الشبهة المصدقية فيما إذا كان هناك فرد معلوم ، ودار أمره بين دخوله في أفراد المخصص ، وعدم دخوله في ذلك من ناحية شبهة خارجية . كما إذا ترددت اليد الموضوعة على مال الناس بين كونها يرضمان وكونها يدامانة . وكالماء المرديين كونه معتصماً ، وكونه غير معتصم وكالعام المردي بين دخوله تحت الخاص ودخوله تحت العام ، فإن أشباه هذه الامثلة من صغريات التمسك بالعام في الشبهة المصدقية . وأما اذا شك في صدق عنوان العام على فرد فهو ليس من موارد التمسك بالعام قطعاً . والمقام من هذا القبيل .

والسر في ذلك : أن قوام الاستصحاب إنما هو بأحد القضية المتيقنة مع القضية المشكوكه لكي يكون رفع اليد عن اليقين السابق من نقض اليقين بالشك . ومن الظاهر أن هذا المعنى لم يحرز في المقام ، إذ بناء على المناقشة الأولى التي وجهوها على الاستصحاب الكلي كانت القضية المتيقنة غير القضية المشكوكه . فاذا احتمل كون الاستصحاب من الاستصحاب الكلي لم يمكن التمسك بأدلة الاستصحاب ، لعدم إحراز انطباق العنوان المأخوذ فيها على مورد الشك .

ثم إنه ذكر السيد في حاشيته : (أن التحقيق بإمكان استصحاب الفرد الواقعي المردي

بن الفردين ، فلاحاجة إلى استصحاب القدر المشترك حتى يستشكل عليه بما ذكرناه .
ويرد عليه : أنه إن كان المراد من الفرد المردد ما هو مررد في الواقع حتى في علم الله (تعالى) فهو بديهي البطلان ، إذ لا وجود للفرد المردد في أي وعاء من الأوعية . وإن كان المراد منه الموجود المعين على ترده : بمعنى أن المستصحب هو الوجود الخارجي مع قطع النظر عن الخصوصيات المفردة فهو عين الكل ، لا شيء آخر وراءه .

قوله : (وكذا لو شك في أن الواقع في الخارج هو العقد اللازم ، أو الجائز ، كإصلاح من دون عوض والهبة . نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة) . أقول حاصل كلامه : أنه كما تجري أصالة اللزوم في أي عقد شك في لزومه وعدمه . كذلك تجري في أي عقد وقع في الخارج ، وشك في أنه من القسم الجائز أو اللازم ، لأنه حينئذ يشك في أن العقد الموجود في الخارج هل يرتفع بالفسخ ، أم لا يرتفع بذلك فيستصحب بقاءه . وتثبت به نتيجة اللزوم . وعليه فتأثير الفسخ في العقد يتوقف على إحرار أنه عقد جائز ، وإلا فلا يؤثر فيه الفسخ . وهذا واضح لا شك فيه .

ومثال ذلك : أنه إذا وقع عقد في الخارج ، ودار أمره بين الصلح بلا عوض لكي يكون لازماً ، وبين الهبة غير المعوضة لكي يكون جائزاً ، إذا كان كذلك فإن كان النزاع هنا في لزوم العقد وجوازه من غير نظر إلى عنواني الصلح والهبة بأن يدعي أحد المتعاقدين لزوم العقد ، ويدعي صاحبه جوازه - فيجب تقديم دعوى مدعي اللزوم ، لأن دعواه موافقة للأصل فيكون منكرأ . وإن كان النزاع في أن الواقع في الخارج هل هو الصلح بلا عوض ، أم هو الهبة غير المعوضة فيحكم بالتحالف إذ لا أصل لنا في المقام حتى يعين أحد الأمرين . والجواب عن ذلك :

أولاً : أن هاتين الصورتين كليهما من صغريات المدعي والمنكر ، لا التداعي ضرورة أن مصب الدعوى فيهما ليس إلا اللزوم والجواز ، لا كل واحد من عنواني

الصلح والهبة ، لأن الغرض من دعوى الصلح هو إثبات لزوم العقد وعدم تأثير الفسخ فيه . كما أن الغرض من دعوى الهبة هو إثبات جواز العقد ، وتأثير الفسخ فيه . وإذن فرجع النزاع في المقام إلى اللزوم والجواز . فيكون ذلك خارجاً عن مورد التداعي .

وبتعبير آخر : أن النظر في باب المرافعات إنما هو إلى الغرض الأقصى ، وإلى النتيجة المترتبة على الدعوى . وعليه فإن كان قول كل من المترافعين موافقاً للأصل من ناحية ، ومخالفاً له من ناحية أخرى فهو من موارد التداعي . وإن كان قول أحدها موافقاً للأصل دون الآخر فهو من موارد المدعي والمنكر . وأما كيفية ترتيب الدعوى من دون أن تكون هذه السكيفية . ورداً للغرض فلا يترتب عليها أثر مهم في باب المرافعات . وإذن فلا ثمرة لاثبات أن العقد الموجود في الخارج صالح بلا عوض ، أو هبة غير معوضة .

ثانياً : أنا لو سلمنا تعلق الغرض بأي واحد من عنواني الصلح والهبة ، ولكن لا نسلم انتهاء الأمر إلى التحالف ، إذ يترتب الأثر على الأصل الجاري في ناحية الهبة وهو عدم جواز الرجوع إلى العين الموهوبة ، ضرورة أن جواز الرجوع إليها من آثار الهبة ومن الظاهر أن أصالة عدم كون العقد - الواقع في الخارج - هبة تنفي ذلك ابتداءً ، وثبت عدم جواز الرجوع بالمطابقة ، بلا احتياج إلى الوساطة العقلية في ترتيب الأثر . وأما الأصل الجاري في ناحية الصلح فلا يترتب عليه جواز الرجوع إلا على القول بالأصل المثبت ، لأن جواز الرجوع إلى العين من اللوازم العقلية لعدم الصلح . ومن اليبين أنه لا معارضة بين الأصلين الذين ترتب الأثر الشرعي على أحدهما دون الآخر (١) .

«١» قد ذكر المصنف في خلال كلماته عند التكلم على أصالة اللزوم ما هذا

لفظه : « بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقة المالك الأول » . ولم يتعرض لجوابه . نعم تعرض لهذا الاشكال ، وجوابه في أوائل مبحث الخيارات .

الاستدلال على لزوم المعاطاة برهليل السلطنة

ومما استدلل به المصنف على لزوم المعاطاة :

٢ - قوله (ص) : إن الناس مسلطون على أموالهم . البحار ج ١ ص ١٥٤

— والتحقيق : أنه إن كان المراد من العلقة المالكية هو المالكية فلا شبهة في ارتفائها بالبيع المعاطاتي . وليست هنا ملكية اخرى لكي نستصحبها ، وإلا لزم اجتماع المالكين في ملك واحد .

وان كان المراد منها هو جواز الرجوع الى العين ، واسترجاعها من الآخذ بالمعاطاة فلا ريب في أن ذلك لم يكن موجوداً سابقاً ، وأنه مشكوك الحدوث فعلاً ، فالأصل يقتضي عدمه ، دون بقاءه . وإن كان المراد منها أن الملكية الثابتة للمالك لها مراتب شتى التي لم يعلم زوال جميعها بالبيع المعاطاتي ، بل من المحتمل القريب أن الملكية اذا زالت بجدها الاقوى بقيت منها المرتبة الضعيفة . كما أن الالوان تزول مرتبتها القوية وتبقى مرتبتها الضعيفة . ان كان المراد من بقاء علقة المالك هو ذلك فيرد عليه : أولاً : أن الملكية من أية مقولة كانت — جده أو اضافة — ليست قابلة للشدة والضعف حتى تعتبر بجدها الضعيف تارة . ومجدها القوي تارة اخرى ، بل هي أمر بسيط ، فاذا زالت زالت بأصلها .

ثانياً : أنا لو سلمنا كون الملكية الحقيقية ذات مراتب لكنها لا تسلم جريان ذلك في الملكية الاعتبارية ، بداهة أن اعتبار أية مرتبة منها مغاير لاعتبار مرتبتها الاخرى . وعليه فاذا زال اعتبار المرتبة القوية لم يبق بعده اعتبار آخر .

وان كان المراد من بقاء علقة المالك هو بقاء سلطنته وقدرته على التصرف في العين وعدم جواز مزاحمته في تصرفاته في ذلك اذ الملكية والسلطنة أمران متغايران . ولذا ينفك أحدهما عن الآخر كما سيأتي ، فيتوجه عليه أن السلطنة وان —

ويبان الاستدلال بذلك على لزوم المعاطاة : أنك قد عرفت فيما تقدم أن المعاطاة تفيد الملكية . ومن الظاهر أن الملكية لا تنفك عن السلطنة الفعلية على التصرف في المملوك بأنحاء التصرفات إلا مع قيام الدليل الخارجي على الانفكاك - كما في موارد الحجر - وعليه فسلطنة كل مالك تقتضي بقاء ماله في ملكه ، ولا يجوز لغيره أن يزاحمه في تصرفاته ، ويخرجه عن ملكه ، فان ذلك مناف لسلطنة المالك الفعلية .

ومن هنا يندفع ما توهم من أن غاية ما يستفاد من الحديث أن المالك له السلطنة على ماله فعلاً . وهذا لا ينافي زوالها برجوع المالك الأصلي إلى ما أعطاه لصاحبه

— كانت مغايرة للملكية ، ولكن التغاير بينهما من قبيل تغاير الحكم وموضوعه لان الملكية موضوع للسلطنة ، واذن فتدور السلطنة مدار موضوعها . نعم قد ينفك أحدهما عن الآخر لدليل خاص ولذا أن المحجور مالك ، ولكنه ممنوع عن التصرف في ماله لسفه أو جنون أو صغر أو فليس . وأيضاً أن الحاكم والولي والوصي لهم السلطنة على أشخاص خاصة . ولكنهم ليسوا بالمالكين ، قيل :

ان المتيقن في المقام انما هو سقوط الملكية ، وأما السلطنة الثابتة للمالك فزوالها مشكوك فيه فمستصحبها . والجواب عن ذلك :

أن قوام الاستصحاب انما هو باتحاد القضية المتيقنة ، والقضية المشكوكه ، ومن الواضح أنه لا اتحاد بينهما في المقام ، لان القضية المتيقنة انما هي السلطنة المترتبة على الملك ترتب الحكم على موضوعه ، كما عرفته قريباً . والقضية المشكوكه انما هي السلطنة العارية عن الملك ، اذ المفروض زوال الملكية بالمعاملة المعاطائية . وأضف الى ذلك : أن استصحاب السلطنة يقتضي ثبوتها للمالك الاول : بأن

يكون له التصرف في العين . ولا ريب في أن هذا لا يفيدنا شيئاً ، لأن غرضنا اثبات العلقه للمالك الاول بحيث تسلب بها مالكية المتعاطي . ولا شك في أنه لم يكن للمالك الاول هذه السلطنة من أول الامر . واذن فلا يكون استصحاب السلطنة حاكماً على أصالة اللزوم .

بالبيع المعاطاتي . نعم يمكن إثبات الملكية للمالك الثاني بعد رجوع المالك الأول الى العين بالاستصحاب إلا أنه رجوع عن التمسك بدليل السلطنة الى التمسك بالأصل الذي تقدم البحث عنه تفصيلاً .

ووجه الاندفاع أن الحكم بعدم جواز انتزاع ملك المالك الثاني إنما هو بهذه السلطنة الفعلية . ولاشبهة في أنها مانعة عن تأثير رجوع المالك الأول في إزالة ملكيته . وعلى هذا فلا نحتاج إلى الاستصحاب لكي يكون ذلك رجوعاً عن التمسك بدليل السلطنة إلى التمسك بالاستصحاب .

ويتوجه على هذا الاستدلال أولاً : أن النبوي المذكور ضعيف السند وغير منجبر بشيء ، ولا أنه مذكور في كتب الشيعة إلا مرسلًا . ومن البين أننا لا نعتمد على المراسيل في شيء من الأحكام الشرعية .

ثانياً : أن المقصود من النبوي المذكور بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة ، وعدم كونه محجوراً عن التصرف في تلك الجهات . وليس غيره أن يزاحمه في ذلك .

وعليه فلا دلالة في الحديث على استقلال المالك في التصرف في أموالهم من جميع الجهات . وبأي تصرف من أنحاء التصرفات . وأيضاً لا دلالة فيه على استمرار السلطنة الفعلية للمالك وبقائه حتى بعد رجوع المالك الأول في مورد المعاطاة . وقد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال على إفادة المعاطاة للملكية .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بحرمة التصرف في مال غيره

ومما استدلل به المصنف على لزوم المعاطاة :

٣ - قوله (ع) لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه (١) . ووجهه

(١) في الاحتجاج ص ٢٦٧ عن أبي الحسين محمد بن جعفر الاسدي عن أبي جعفر

محمد بن عثمان العمري (ره) عن صاحب الزمان عجل الله فرجه قال : لا يحل —

الاستدلال به على ذلك : أن سبب حلية التصرف في أموال الناس إنما هو منحصر برضى المالك فلا يحل شيء من التصرفات المالكية فيها إلا باذنه ورضاه . قيل : إن المستفاد من الرواية إنما هو حرمة التصرف في أموال الناس بدون رضاهم . ولا ريب في أنه بعد رجوع المالك الأول إلى ما أعطاه لصاحبه بالمعاطاة لم يبق موضوع لحرمة التصرف في مال غيره . والجواب عنه : أن تعلق عدم الحل بمال غيره يشمل التملك أيضاً . ومن الواضح أنه لا معنى

— لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه .

وفي الوسائل ج ١ باب ٣ من ابواب مكان المصلي : عن سماعة عن أبي عبد الله (ع) في حديث : أن رسول الله (ص) قال : من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها ، فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه . موثقة بزرعة وسماعة الواقفين .

وعن تحف العقول عن رسول الله (ص) : أنه قال في خطبة حجة الوداع : أيها الناس إنما المؤمنون إخوة . ولا يحل لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه . رسالة .

وفي المستدرک ج ١ ص ٢٢٢ : عن عوالي اللثالي عن رسول الله (ص) قال : المسلم أخو المسلم . لا يحل ماله إلا عن طيب نفسه رسالة . وعنه (ص) قال : لا يحلن احدكم ماشية أخيه إلا باذنه . رسالة .

وفي فروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦ عن محمد بن زيد الطبري قال : كتب رجل من تجار فارس من بعض موالي ابني الحسن الرضا (ع) يسأله الاذن في الختم فكتب اليه بسم الله الرحمن الرحيم . . . لا يحل مال إلا من وجه أحله الله . رسالة . أقول هذه هي الروايات التي تدل على حرمة التصرف في مال غيره بدون اذنه وأما ما نقله المصنف في المتن من انه « لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه » فلم نجد على هذه الكيفية في كتب الحديث ويحتمل قريباً وقوع السقط فيه .

لحرمة التملك إلا فساده وعدم تأثيره في الملكية . وعليه ففاد الرواية أنه لا يحل التصرف في مال أحد ولا تملكه بأي سبب من الأسباب إلا بطيب نفسه .

ولكن يتوجه على الاستدلال المزبور : أن الحل في اللغة هو الاطلاق والارسال ، ويقابله التحريم ، فانه بمعنى المنع والحجر . وقد تقدم في البحث عن إفادة المعاطاة للملكية أن الحل يذ المعنى يناسب الحلية الوضعية والتكليفية كليهما . وعليه فكما يصح استعمال لفظ الحل في خصوص الحلية الوضعية أو التكليفية . كذلك يصح استعماله فيهما معاً . ويختلف ذلك حسب اختلاف القرأن والموارد . مثلاً : إذا اسند لفظ الحل إلى الأمور الاعتبارية - كالبيع ونحوه - أريد منه الحل الوضعي والتكليفي معاً . وإذا اسند ذلك إلى الاعيان الخارجية أريد منه الحل التكليفي فقط : أعني به الترخيص في الفعل . كقوله (تعالى) : ﴿ ويحل لهم الطيبات ﴾ (١) وهكذا الحال في لفظ التحريم . وعليه فلفظ الحل في الرواية الشريفة إنما ينسب إلى المال . وهو إما من الاعيان الخارجية ، أو من المنافع . وعلى كلا التقديرين فلا معنى لحلية ذلك إلا باعتبار ما يناسبه - كالتصرف - وإذن فيزاد من حلية المال حلية التصرف فيه . كما أن المراد من حلية المأكولات حلية استعمالها . وهكذا في كل مورد من الموارد حسب ما تقتضيه مناسبة الحكم والموضوع . وعلى هذا فمعنى الرواية : أن الشارع المقدس لم يرخص في التصرف في مال امرئ إلا بطيب نفسه . وإذن فهي اجنبية عما نحن فيه .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بآية التجارة عن تراض

ومما استدلل به المصنف (ره) على لزوم المعاطاة :

٤ - قوله (تعالى) : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (٢) وملخص كلامه : أن الاستدلال بهذه الآية على لزوم البيع المعاطائي - بل على لزوم مطلق التجارة عن تراض - تارة بعقود

(١) سورة الاعراف . الآية : ١٥٧ .

(٢) سورة النساء . الآية : ٣٣ .

المستثنى : وهو قوله (تعالى) : إلا أن تكون تجارة عن تراض . واخرى بعقد المستثنى منه : وهو قوله (تعالى) : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل :

أما العقد الأول فمفاده : أنه لا يجوز لأحد أن يملك أموال الناس بسبب من الأسباب الباطلة التي لم يعضها الشارع — كالقمار والغزو والبيع الربوي وبيع المنسابة والملاسة والحصاة وأشبه ذلك — إلا أن يكون هذا السبب تجارة عن تراض . وعلى هذا فالأكل في الآية الشريفة كناية عن التملك والتصرف . كما هو المتعارف في كلمات الفصحاء ، بل في كل لغة . وإذن فتدل الآية على أن حلية تملك أموال الناس بالأسباب الصحيحة منحصرة في التجارة عن تراض ، فإن غيرها من أسباب المعاملات التي منها التملك بالفسخ فاسدة . ولا يفرق في انضمام الحصر من الآية الشريفة بين كون الاستثناء متصلاً — كما هو الظاهر والموافق للقواعد العربية — وبين كونه منقطعاً . وقد تقدم تفصيل ذلك عند الاستدلال بالآية على كون المعاطة مفيدة للملك .

وأما العقد الثاني فمفاده : أن تملك أموال الناس بغير رضی منهم تملك بالباطل عرفاً وشرعاً . إلا أن يأذن به الشارع الذي هو المالك الحقيقي ، وعليه فيكون تملك المال بالفسخ أكلاً له بالباطل ، إلا أن يثبت جواز الفسخ بتعبد شرعي : بأن يحكم الشارع بجواز التملك بالفسخ ونحوه من دون رضی المالك . وحينئذ فيكون التملك بالفسخ خارجاً عن الأكل بالباطل . وعلى هذا فشان التملك بالفسخ الثابت شرعاً شأن أكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها ، والأخذ بالشفعة ، وغيرها من الموارد التي قد أذن الشارع في التصرف في أموال الناس بدون إذنه .

ومن هنا أتضح لك جلياً أن التوهم المتقدم في التكلم على الروايتين — وهما دليل السلطنة . ودليل حرمة التصرف في أموال الناس — غير جار في المقام لكي نحتاج الى جوابه ، لأن الاستفادة من الآية — كما عرفته — إنما هو حصر تملك أموال الناس — على الوجه الشرعي — في التجارة عن تراض . وأن غير ذلك يعد من الأسباب

الباطلة . وإذن فلا يبقى مجال لتوهم أن كون المأخوذ بالمعاطاة مال الآخذ بعد رجوع المالك الأول إليه أول الكلام . وهذا واضح لا خفاء فيه .

وفي بعض نسخ المتن هكذا : (أن التوهم المتقدم جار هنا) ولكنه سهو من قلم النساخ بدية أن صريح كلام المصنف على خلافه ويمكن أن يكون الغرض من هذه العبارة : أن التوهم المتقدم جار هنا مع جوابه ولكنه خلاف الظاهر منها .

ويرد عليه : أن هذا الاستدلال مبني على أن يكون المراد من الباطل هو الباطل العرفي لكي يكون ذلك أمراً معلوماً في نظر أهل العرف ومتميزاً عن السبب الصحيح . وأما لو أريد منه الباطل الواقعي — كما هو الظاهر لأن الألفاظ موضوعة للمفاهيم الواقعية — أو احتملت أرادة ذلك من كلمة الباطل في الآية فلا يمكن الاستدلال بها على المقصود ، لأن احتمالاً عقلياً أن يكون الفسخ من الأسباب الصحيحة للأكل لا من الأباطيل الواقعية . وعليه فيكون التمسك بالآية في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقية . وهذا ظاهر .

الاستدلال على لزوم المعاطاة برأيل وجوب الوفاء بالشرط

ومما استدلل به المصنف رضوان الله عليه على لزوم المعاطاة :

هـ — قوله (ص) : المؤمنون عند شروطهم (١) وحاصل كلامه هنا : أن

«١» عن منصور بزرج عن عبد صالح «ع» قال : قلت له : إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة إلى أن قال «ع» : قل له فليف للمرأة بشرطها ، فإن رسول الله «ص» قال : المؤمنون عند شروطهم . موثقة بابن فضال . التهذيب ج ٢ ص ٢١٩ . الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢ . الوافي ج ١٢ ص ٨٠ .

وقد ذكر في جملة من الروايات : المسلمون عند شروطهم . وفي بعضها فإن المسلمون عند شروطهم . الوافي ج ١٠ ص ٦٨ . وج ١٢ ص ٨٠ . والوسائل ج ٢ باب ٦ من أبواب أحكام العقود .

الشرط في اللغة عبارة عن مطلق الالتزام . فيشمل الالتزامات المعاملية . سواء أكانت مبرزة بمظهر قولي ، أم كانت مبرزة بمظهر فعلي . وعليه فعنى الرواية : هو أن المؤمن ملزم بشرطه ، وأن شرطه لا يزول بالفسخ . والجواب عن هذا الاستدلال :

أولاً : أن الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين . وقد أشير إليه فيما حكي عن القاموس من أن الشرط هو الالتزام في بيع ونحوه . وفي أقرب الموارد : شرط عليه في البيع ونحوه شرطاً : أزمه شيئاً فيه . وإذن فالشروط الابتدائية خارجة عن حدود الرواية . ثانياً : أننا سلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية . ولكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعي : بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه ، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفي : أي يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه ، لأنه من علامة الإيمان . وعلى هذا فشان الرواية شأن قولنا : إن المؤمن عند عدته .

الاستدلال على لزوم المعاطاة برأيل ومبرر الوفاء بالعقد

ومما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة :

﴿ — قوله (تعالى) أوفوا بالعقود (١) .

لا ريب في دلالة هذه الآية الكريمة على لزوم البيع المعاطاتي ، بل على لزوم كل عقد ، لأن معنى الوفاء هو التام . ومن هنا يقال : الدرهم الوافي : أي الدرهم التام . ومعنى العقد إما العهد المطلق كما صرح به بعض أهل اللغة أو العهد الوثيق كما صرح به بعض آخر من أهل اللغة أيضاً .

والمراد من الأمر بالوفاء بالعقد هو الإرشاد إلى لزومه ، وعدم انفساخه بالفسخ ، إذ لو كان الأمر بالوفاء تكليفاً لكان فسخ العقد حراماً وهو واضح البطلان . وعليه ففاد الآية : أنه يجب الوفاء بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفاً . ومن الواضح جداً أن المعاطاة عقد عرفي كسائر العقود ، فتكون مشمولة لعموم الآية .

الاستدلال على لزوم المعاطاة بأدلة نهار المجلس

ومما استدلت به المصنف على لزوم المعاطاة :

١٤ — الأخيار (١) الدالة على لزوم البيع ووجوبه بعد تفرق المتبايعين . وقد عرفت أن المعاطاة بيع بالحمل الشايح ، فتكون مشمولة لعموم تلك الروايات . قيل : إن هذه الروايات وإن دلت على لزوم البيع بعد تفرق المتبايعين عن مجلس العقد . إلا أن المراد من اللزوم إنما هو اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط ، لا من جميع النواحي ، وعلى وجه الاطلاق . وإذن فتبعد تلك الروايات عما نحن فيه . والجواب عن ذلك :

أن هذا الاحتمال وإن كان ممكناً في مقام الثبوت ، ولكنه خلاف الظاهر من الروايات المزبورة في مقام الاثبات ، فإن إطلاقها يقتضي اللزوم - على وجه الاطلاق - بعد التفرق . فلا موجب لصرها الى اللزوم من ناحية خيار المجلس . وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

تتممة البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاة

ربما يتوهم : أن الظاهر - فيما نحن فيه - قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة . بل ادعاء صريحاً بعض الاساطين في شرحه على القواعد . وتعاضده الشهرة المحققة بين الاصحاب . بل لم يوجد قائل باللزوم إلى زمان بعض متأخري المتأخرين . نعم نسب هذا الرأي الى المفيد (ر ه) إلا أن العبارة المحكية عنه لا تدل على ذلك . بل ادعى في الغنية الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعاً . ولا شبهة في أن هذه الدعوى صريحة في عدم لزوم المعاطاة .

ولكن هذا التوهم فاسد، إذ لا يرجع شيء من الامور المذكورة إلى معنى محصل: أما الاجماع المحصل فهو غير حاصل جزماً، لأن مدركه إنما هو القطع بقول الامام (ع) ومن الظاهر أن منشأ هذا القطع إما العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين. أو قاعدة اللطف التي أسسها الشيخ الطوسي (ره)، أو الحدس القطعي.

أما الأول فهو بديهي الفساد، لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين القائلين: بأن المعاطاة تفيد الملكية الجائزة. وأما الثاني فلأن قاعدة اللطف غير تامة، كما حقق ذلك في محله. وأما الثالث فلأن من المحتمل القريب، بل ومن المظنون قوياً أن كثير من القائلين بكون المعاطاة مفيدة للملكية الجائزة إنما استندوا في رأيهم هذا إلى وجوه آخر. وإذن فليس لنا في المقام اجماع محصل تعبدى.

وأما الاجماع المنقول فلا دليل على حجتيه. وقد ذكرنا ذلك في علم الأصول. ويضاف إليه: أنه لا أساس لنقل الاجماع إلا حصوله في زمان، فاذا اضمحل الاجماع المحصل — لما ذكرناه قريباً — اضمحل الاجماع المنقول أيضاً.

وأما ذكره في الغنية من قيام الاجماع على أن المعاطاة ليست يبيع فهو واضح البطلان، لأن المعاطاة يبيع بالحمل الشائع. ومفهوم البيع من المفاهيم العرفية. ومن البديهي أنه لا معنى لقيام الاجماع التعبدى على المفاهيم العرفية إثباتاً أو نفيًا. إلا أن يكون مراده من ذلك نفي الصحة أو اللزوم. وعليه فيجاء عنه بأن الاجماع المنقول لا دليل على حجتيه.

وأما الشهرة فقد ذكرنا في علم الأصول أنه لم يقم دليل على حجيتها لأنها لا تفيد إلا الظن. والظن لا يعني من الحق شيئاً. ومع الاغضاء عن ذلك: أن الشهرة قد قامت على أن المعاطاة تفيد الاباحة، ولم تقم على أنها تفيد الملكية الجائزة، ضرورة أن القول بالملكية لم يكن مغروساً بين قدماء الاصحاب. وإنما ذهب إليه المحقق السكري، وشيد أساسه، ثم تبعه جمع من متأخري المتأخرين حتى اشتهر بينهم. وإذن فتبعد الشهرة عن

دعوى الملكية، فضلا عن كونها مؤيدة لحصولها إلا أن يكون غرض المدعي - من الشهرة هو الشهرة بين متأخري المتأخرين . ولكن هذه الشهرة معارضة مع الشهرة بين القدماء القائمة على أن المعاطاة تفيد الاباحة .

وعلى الجملة : إننا لو فرضنا ثبوت الاتفاق من العلماء على عدم لزوم المعاطاة لم يكشف ذلك عن الدليل المعتبر ، بديهية ان قيام الاجماع على نفي اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع . كتابه عليه المصنف اذ القول باللزوم فرع للملكية ومن الظاهر انه لم يقل بها الا المحقق الثاني وجمع ممن تأخر عنه . وأما قدماء الاصحاب فذهبوا الى أن المعاطاة تفيد الاباحة .

قوله : (بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي) أقول : حاصل كلامه : أن السيرة قائمة على عدم الاكتفاء بالتعاطي في الاشياء الخطيرة والامتعة المهمة . بل الناس ينشؤون فيها البيع بالالفاظ المتداولة بينهم . نعم يكتبون بالتعاطي في الاشياء الزهيدة . والامتعة المحقرة ولا يلتزمون فيها بعدم جواز الرجوع .

ويرد عليه : ان السيرة المزبورة لاتصلح لتقييد الادلة المتقدمة الدالة على لزوم المعاطاة ، بديهية أن عدم اكتفاء الناس بالتعاطي في المعاملات المهمة ليس من ناحية السيرة بل إنما هو من جهة تقليدهم لعلمائهم القائلين بكون المعاطاة مفيدة للاباحة .

واضف الى ذلك : ان الالتزام بهذه السيرة يقتضي الفرق بين المعاطاة في الاشياء الخطيرة . وبين المعاطاة في الاشياء الحفيرة ومن الواضح انه لم يلتزم به المشهور من الاصحاب وان ذهب اليه بعض العامة (١) ولكنه مخالف لاطلاق الادلة الدالة

(١) عن الشافعية أنه لا ينمقد البيع بالمعاطاة . نعم مال صاحب الاحياء الى جواز البيع بها في الاشياء اليسيرة لان الإيجاب والقبول يشق في مثلها عادة . الفقه على المذاهب

على لزوم المعاطاة

نظرة في الاخبار المذكورة حول المعاطاة

قوله : (وقد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار) . أقول : قد ذكر السيد في شرح هذه العبارة ما هذا نصه : (يعني يظهر اشتراط اللزوم بكون انشاء المعاملة باللفظ في الجملة . ولعل نظره في ذلك الى ما أشرنا اليه سابقا (أي عند الاستدلال على صحة المعاطاة) من الخبر الوارد في بيع المصحف والوارد في بيع أطنان القصب . ويمكن ان يكون نظره الى ما سينقله من الاخبار التي ادعى اشعارها أو ظهورها) .

والتحقيق : انه ان كان نظر المصنف - من العبارة المتقدمة - الى ما أفاده السيد فلا نعقل له وجهاً صحيحاً ، بديهياً أنه لادلالة في الخبر الوارد في بيع المصحف ، ولا في الخبر الوارد في بيع أطنان القصب ، ولا في الروايات الآتية - الواردة في أن الحمل والحرم هو الكلام - لادلالة في شيء من هذه الروايات (١) على اعتبار اللفظ في لزوم البيع ، فانها غير ناظرة الى كيفية انشاء البيع . وان كان نظره الى غيرها من الروايات فلم نجد لها في أصول الحديث ولا في كتب الاستدلالية

واضف الى ذلك : انه لو كانت هنا رواية تدل على اعتبار اللفظ في لزوم البيع لتمسك بها المصنف في المقام . ولم يحتج الى التمسك بالسيرة . بل لم يبق مجال لقوله (بل يظهر منها ان إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفاً بين أهل السوق والتجار) ضرورة أنه بعد وجود الرواية المعتبرة الدالة على اعتبار اللفظ في لزوم البيع لاتصل النبوة الى الامور الاستحسانية .

ولكن نحتمل قوياً أن تكون كلمة ذلك في قوله : (وقد يظهر ذلك من غير

واحد من الاخبار اشارة الى ما ذكره قبل هذه العبارة من جعل اللفظ من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض فان هذا المعنى يظهر من الرويات العديدة (١) . بل يظهر من جملة منها (٢) ان إنشاء البيع باللفظ كان متعارفاً بين التجار واهل السوق . وعلى هذا فلا وهن في كلام المصنف (ره) .

قوله : (بقي الكلام في الخبر (٣) الذي تمسك به في باب المعاطاة : .

أقول : قد استعمل بهذا الخبر تارة على ان المعاطاة لا تنفذ اباحة التصرف . وتارة أخرى على انها ليست بلازمة جمعا بينه ، وبين ما دل على صحته . مطلق البيع ، كما صنعه في الرياض .

ثم انه قد احتمل المصنف في قوله « ع » انما يحل الكلام ، ويحرم الكلام . وجوهاً أربعة :

١ - أن يراد من الكلام في المقامين اللفظ الدال على التحريم والتحليل بأن يختص التحليل والتحريم بالنطق .

(١) هي الروايات الدالة على كون المشتري مختاراً في ايجاب البيع وعدمه بعدم المقابلة على المبيع الشخصي غير الموجود عند البائع . الوافي ج . ١ . باب ١٠٩ ص ٩٤

(٢) هي الروايات المشعرة باعتبار اللفظ في انشاء العقود وسمتعرض لها قريباً في الحاشية .

(٣) المروي عن خالد بن الحجاج قال : قلت لابي عبد الله (ع) الرجل يبيئني فيقول : اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا . فقال : أليس ان شاء أخذ ، وان شاء ترك ؟ قلت بلى قال : لا بأس به إنما يحل الكلام ، ويحرم الكلام . وفي نسخة الكافي المطبوعة قد ذكر ابن نجيم بدل ابن الحجاج . وعلى كلا التقديرين فالرواية مجهولة ، لانها مجهولان . فروع الكافي ج ١ ص ٣٨٦ ، والوافي ج ١٠ ص ٩٥ .

٢- أن يراد به اللفظ مع مضمونه . ويكون الغرض أن المطلب الواحد من حيث الحكم الشرعي يختلف باختلاف المضامين المؤدات بالكلام .

٣- أن يراد من الكلام في الفقرتين الكلام الواحد ويكون الاختلاف في التحريم والتحليل باعتبار الوجود والعدم وقد بني المحدث القاساني على هذا المعنى في الوافي وقال : (الكلام هو إيجاب البيع وإنما يحلل نفيًا . وإنما يحرم اثباتًا .)

٤- أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة . ومن الكلام المحرم إيجاب البيع لأنه بيع قبل الشراء . وهو ايس بجائز .

ولا يخفي عليك أن أساس الاستدلال بالخبر المذكور على عدم لزوم المعاطاة أو على عدم إفادتها المأكبية ، أو على عدم إفادتها بإباحة التصرف . بني على الوجه الاول .

وبيان ذلك : أنه يستفاد من ذلك الخبر أن المحلل والمحرم - في الشريعة المقدسة - إنما هو منحصر في الالفاظ المبرزة للمقاصد . وأنه لا يقع التحليل والتحرير بالقصد الساذج غير المبرز بمبرز ، ولا بالقصد المبرز بغير الالفاظ . وعلى هذا فلا وجه لما النزم به صاحب الرياض من الاستدلال بالخبر المزبور على عدم لزوم المعاطاة جمعاً بينه وبين ما دل على صحة مطلق البيع .

ويرد عليه اولاً : أن حصر المحلل والمحرم في الكلام يستلزم التخصيص بالكثير لكثرة المحلل والمحرم - في الشريعة المقدسة - من غير الالفاظ ضرورة ان تتجس المأكولات والمشروبات محرم . وتطهيرها محلل . والتذكية محللة ، وعدمها محرم . وغيلان العصير العنبي محرم . وذهاب ثلثيه محلل . وصيرورة العصير خمرًا محرم . وتحليلها محلل . والجمل محرم لما يؤكل لحمه . واستبراؤه محلل . وخلط المال الحرام بالمال الحلال محرم . وتخميسه محلل . وايضاً وطى الحيوان الذي يؤكل لحمه محرم . والدخول بالمرأة محرم . وتزويج بنتها والايقاب في الغلام محرم . وتزويج أمه وبنته واخته .

وأيضاً قد جوز الشارع المقدس التصرف في أموال الناس في موارد شتى من دون أن يكون فيها محلل كلامي . وذلك كالتصرف في الأراضي الواسعة والانهار الكبار وكأكل المارة من ثمرة الشجرة المرزور بها بل ورد في القرآن الكريم جوز الأكل من بيوت الاصدقاء والأحباء وإن لم يدل عليه إذن لفظي (١) .

وأيضاً قد ائتمنى المسلمون من الشيعة واهل السنة على انثلام ذلك الحصر في باب العقود أيضاً ، فانهم قد التزموا بمجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة . سواء أكانت المعاطاة مفيدة للملك ، أم كانت مفيدة للإباحة . ولم ينسب الى احد فساد ذلك إلا إلى العلامة في بعض كتبه . وقد ثبت رجوعه عن هذا الرأي في بعض كتبه الأخرى ودعوى انصراف الخبر عن الامور المذكورة لكيلا تلزم كثرة التخصيص دعوى جزافية .

ثانياً : أن الرواية لا تنطبق على هذا الوجه ، اذ المستفاد منها أن السائل قد سأل الامام (ع) عن الرجل يقاوله ، ويقول له : اشتر هذا الثوب أربحك كذا وكذا . وأجاب الامام (ع) عن هذا السؤال : بأنه أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك قال السائل : بلى . قال الامام (ع) : لا بأس به إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام . وعليه فهذه الرواية - سؤالاً وجواباً - أجنبية عن مورد المعاطاة ، وإنما هي تبين حكم البيع قبل الاشتراء .

والذي نفهمه من الرواية - ولو بقريئة الروايات التي ذكر فيها قوله (ع) : إنما يحرم الكلام - وسيأتي قريباً التعرض لها في الحاشية - أن المضمون الواحد إذا أنشئ بكلام كان محملاً . وإذا أنشئ بكلام آخر كان محرماً . أو أن الكلام الواحد يكون محملاً في مورد محرماً في مورد آخر . وذلك لأن الكلام من قبيل الاعراض . وقد ثبت في محله أن الزمان والمكان مفردان للأعراض . وهذان الوجهان صرح بهما المصنف عند التكلم على المعنى الثاني والثالث .

وتوضيح ذلك : أنه ثبت في الشريعة المقدسة أن إيجاب الطلاق ببعض الألفاظ الدالة على بينونة الزوج عن الزوج لا يكون محرماً ولا محملاً. مثلاً: إذا قال الرجل لزوجته : أنت بريئة أو خلية أو طلقتك لم يؤثر ذلك في البينونة ولا يحل للمرأة التزويج بزواج آخر ؛ وإذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق . أو هي طالق ، أو زوجتي طالق بانته عنه زوجته ويحل لها التزويج بزواج غيره . وإذن فالمضمون الواحد وهو بينونة الزوج عن الزوج إذا أبرز بكلام كان محرماً ومحملاً وإذا أبرز بكلام آخر لم يكن محرماً ولا محملاً .

وهذه بين يدينا الأخبار الواردة في المزارعة . (١) فانها تصرح بأن جعل أجرة الزرع للبذر والبقر محرماً . وعدمه محلل .

ويضاف الى ذلك ما رواه الحلبي قال : قلت لابي عبد الله (ع) : الرجل يجيئني يطلب المتاع ، فاقوله على الربح ، ثم اشتره فأبيعه منه ؟ فقال : أليس إن شاء أخذ

(١) عن سليمان بن خالد قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزرع أرض آخر فيشترط عليه للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً ؟ قال لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرأً فأما يحرم الكلام .

وعن عبد الله بن سنان أنه قال في الرجل يزرع فيزرع أرض غيره فيقول : ثلث للبقر وثلث للأرض وثلث للبذر . قال : لا تسم شيئاً من الحب والبقر ، ولكن تقول : ازرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً .

وعن الحلبي قال : سئل أبو عبد الله (ع) عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً ؟ قال : لا ينبغي أن يسمى شيئاً فأما يحرم الكلام .

وعن أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله (ع) مثله وزاد قبل قوله : (فأما يحرم الكلام) ولكن يقول لصاحب الأرض : ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط . ولا يسمى بذراً ولا بقرأً . الوافي ج . ١ ص ١٣٦

وإن شاء ترك؟ قلت بلى قال: لا بأس به . فقلت: إن عندنا من يفسده قال: ولم
قلت: باع ما ليس عنده . قال فما تقول في السلف قد باع صاحبه ما ليس عنده؟ فقلت
بلى . قال: فأنما صلح من قبل أنهم يسمونه سلماً . إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع
كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه (١) فإن الظاهر من هذه الرواية
وما يساويها في المضمون أن يجب البيع محل في محل ، ومحرم في محل آخر .

قيل: إن هذه الرواية غريبة عن المعنى المذكور . وأنما هي ظاهرة في صحة بيع
ما ليس عنده . كما يستوضح ذلك بملاحظة قول الامام (ع) (فما تقول في السلف قد
باع صاحبه ما ليس عنده) واذن فلا إشعار فيها باتصاف الكلام بصفة المحرمة تارة
وبصفة المحللية أخرى . بل يكون محلاً فقط . والجواب عن ذلك:

أن يبع ما ليس عند الباع قد يكون شخصياً . وقد يكون كلياً: أما الاول فلا
شبهة في بطلانه من ناحية الجهالة ، وللروايات الخاصة . وأما الثاني فلا شبهة في صحته
لان السكلي أمر معلوم فلا جهالة فيه لكي توجب بطلان البيع . ومن الواضح: أن
السلف من القليل الثاني . وعليه فغرض الامام (ع) من ذكر السلف - في الرواية
المزبورة - إنما هو بيان أن السلف وان كان من يبع ما ليس عنده إلا أنه ليس من
القسم الباطل ، بل هو من القسم الصحيح . وقد أشار الامام (ع) الى ذلك بقوله
(إن أبي كان يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه) : أي تقدر
على أدائه ثم لا يخفى عليك: أن المراد من الحلية والحرمية إنما هو الوضعي دون التكليفي
ضرورة أن جعل الثلث للبذر والبقر ليس من المحرمات التكليفية قطعاً .

وقد يتوهم: أن المراد من الكلام هو الالتزام النفسي دون اللفظ الصادر من
المنشيء لصحة إطلاق الكلام والقول على الالتزام النفسي . ومنه قوله (تعالى): لقد
حق القول وقوله: (تعالى) وحق عليهم القول بل كثر ذلك في الاستعمالات

الصحيحة الفصيحة . ومن ذلك ما يقال : أعطيته قولاً : أي العهد والالتزام ، وايضاً يقال : إن كلام الليل يحويه النهار : أي الالتزامات النفسانية . وعليه فكون الكلام محرماً ومحملاً بلحاظ أن المثلن يكون حراماً على البائع وحلالاً للمشتري . وأن المثلن يكون حراماً على المشتري وحلالاً للبائع .

ولكن هذا التوهم فاسد إذ الظاهر من الرواية أن المحرمة والمحلية من أوصاف الكلام اللفظي دون الالتزام النفسى . على أن هذا المعنى لا يجتمع مع الروايات الواردة في المزارعة الظاهرة في أن الكلام المحرم غير الكلام المحلل وقد تقدمت هذه الروايات قريباً في الحاشية .

وقد تجلّى لك من جميع ما ذكرناه فساد الوجه الرابع الذي ذكره المصنف : بأن يراد من الكلام المحلل خصوص المقابلة . ومن الكلام المحرم خصوص إنشاء البيع . ووجه الفساد : أن الكلام المحرم غير مربوط بإنشاء البيع كما في روايات المزارعة . على أن لازمه أن يراد من الكلام في الفقرتين الكلام المعبود لكي يكون كل من الكلام المحلل والكلام المحرم ممتازاً عن الآخر . ومن الواضح أنه لا قرينة على هذه الدعوى لافي هذه الرواية التي هي مورد بحثنا . ولا في روايات المزارعة ، ولا في غيرهما من الروايات .

وأما الوجه الثالث الذي ذكره المصنف - بأن يكون الكلام الواحد باعتبار وجوده محرماً وباعتبار عدمه محملاً - فهو وإن كان يناسب ما نحن فيه وروايات المزارعة أيضاً كما هو ظاهر . ولكن يرد عليه :

أولاً : أن الظاهر من قوله (ع) إنما يحرم الكلام ويحلل الكلام ان المؤثر التام في الحرمة والحلية إنما هو وجود الكلام . لأن وجوده محرم وعدمه محلل . على أن ذلك يستلزم التفكيك بين الفقرتين فهو أمر مستهجن فلا يصدر من المعصوم .

وأضف الى ذلك ما ذكره بعض مشائخنا المحققين وإليك نصه : (أن إطلاق

المحلل على عدم الكلام لا يخلو عن مسامحة إذ بقاء كل من العينين على ملك صاحبه بقاء علته ، لا بعدم علة ضده كما أن إطلاق المحرم على الإيجاب المتعلق بما ليس عنده : أي الإيجاب في غير محله ففيه أيضاً مسامحة ، إذ عدم حلية المال بعدم حصول الإيجاب الصحيح ، لا بحصول الإيجاب الفاسد .

ثم إنه قد استظهر المصنف من الرواية اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر . وهذا لفظه : (نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو إيجاب البيع : بأن يقال : إن حصر المحلل والمحرم في الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار إيجاب البيع في الكلام . إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرم في الكلام . إلا أن يقال : إن وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول فتأمل) والجواب عن ذلك :

أولاً : أنه لو تم هذا كان لازمه أن لا تترتب الإباحة على المعاطاة . ومن اليبين أن هذا خلف الفرض ، لأن المفروض جواز التصرف في مورد المعاطاة . وإنما البحث في أنها تنفيذ الملك اللازم أولاً .

ثانياً : أن الحصر في الرواية غير ناظر إلى المعاطاة نفيًا وإثباتًا وإنما هو باعتبار مورد الرواية إذ فرض فيه صدور الكلام من المشتري ، وقد ذكر الامام (ع) أنه ينقسم إلى قسمين ، وبين أن قسمًا منه محلل ، كالمقابلة على متاع ليس عند البائع وقسم منه محرم كالإيجاب عليه . وإذن فلأنشاء الفعلي خارج عن حدود الرواية موضوعاً وأما ما ذكره من أن وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام الخ فيتوجه عليه .

أولاً : أننا لانسلم عدم إمكان المعاطاة في مورد الرواية . بديهة أن الظاهر منها وجود المتاع عند الدلال . ولذا أشار إليه الرجل بكلمة (هذا) وقال لصاحبه : اشتري هذا الثوب أرشحك كذا ، ولا أقل من الاحتمال ومعه لا يتم الاستدلال .

ثانياً : أنا لو سلمنا غياب المتاع - في مورد الرواية - عن المتعاملين . ولكننا لانسلم اختصاص المعاطاة بالتعاطي من الطرفين . ضرورة أن المعاطاة كما تتحقق بالتعاطي من الطرفين ، كذلك تتحقق بالاعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر . وسيأتي ذلك في تشبيات المعاطاة . واعلم المصنف قد أشار الى هذين الاشكالين أو الى أحدهما بالأمر بالتأمل .

والتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنه لا دلالة في رواية ابن نجيح على اعتبار اللفظ في صحة البيع أو لزومه لكي تدل على فساد المعاطاة أو على عدم لزومه .
على أن هذه الرواية التي بين يدينا مجهولة فلا يمكن الاستدلال بها على الحكم الشرعي (١) .

(١) قد استدلل على اعتبار اللفظ في صحة البيع بوجوده شتى غير رواية ابن نجيح ١ - ما عن أبي هريرة أن رسول الله (ص) نهى عن بيعتين : الملامسة والمنابذة الحديث . سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤١ . وعنه أيضاً أن رسول الله (ص) نهى عن بيع الفرر وعن بيع الحصة . سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤٢ . ووجه الاستدلال بذلك على المقصود : أن النبي (ص) إنما نهى عن إنشاء البيع باللمس والنمذ وإلقاء الحصة لانتماء اللفظ فيها . ومن الواضح أن المعاطاة فاقدة له فتكون مشمولة للتبوين المزبورين ولو بتنقيح المناط . والجواب عن ذلك :

أولاً : أنها ضميما للسند ، وغير منجبرين بشيء .

ثانياً : أن النهي عن البيوع المذكورة من ناحية الجهالة والفرر فلا يربط له بالمعاطاة إذ المفروض أنها واجدة لجميع الشرائط إلا اللفظ .

ثالثاً : أن بطلان إنشاء البيع باللمس والنمذ وإلقاء الحصة لا يستلزم بطلان إنشائه بغيرها من الأفعال لا مكان أن يكون النهي عن إنشاء البيع بها من ناحية نكته خاصة لا نعمها . وعليه فلا يمكن قياس المعاطاة بها . وأذن فتكون المعاطاة مشمولة للعمومات الدالة على صحة المعاملات .

تنبيهات المعاطاة - اعتبار شروط البيع فيها

قوله : (وينبغي التنبيه على أمور) . أقول : لما فرغ المصنف من بيان صحة البيع المعاطائي ولزومه نبيه على أمور يحسن بنا التعرض لها :
الأمر الاول : أنه هل يعتبر في البيع المعاطائي ما يعتبر في البيع بالصيغة من الشروط ؟ وتحقيق هذه المسألة يقع في نواحي شتى :

٢ - قيام الاجماع على اعتبار اللفظ في صحة البيع والمعاطاة فأقده له ، فتكون فاسدة .

ويرد عليه : أن الاجماع المحصل غير حاصل ، والاجماع المنقول ليس بحجة .
وعليه فلا يمكن تخصيص العمومات الدالة على صحة العقود ولزومها بذلك .

٣ - الأخبار الكثيرة الظاهرة في اعتبار اللفظ في صحة البيع . وبما أن المعاطاة خالية عن اللفظ فتكون فاسدة ، ونقتطف من تلك الأخبار ما يلي :

عن عبد الرحمن بن سليمان عن أبي عبد الله (ع) قال : سمعته يقول : إن المصاحف لن تشتري فإذا اشتريت فقل إنما اشتري منك الورق وما فيه من الأدم وحليته وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا . مجهولة بعبد الرحمن .

وعن سماعة عن أبي عبد الله (ع) قال : سألته عن بيع المصاحف وشراؤها ؟ قال : لا تشتري كتاب الله عز وجل ، ولكن اشتر الحديد والورق والدفتمين وقل : اشتريت منك هذا بكذا وكذا . ضعيفة بعثمان بن عيسى . الوافي ج ١٠ ص ٣٧ .

وعن العجلي عن أبي عبد الله (ع) في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضه على بعض من أجة واحدة والأنبار فيه ثلثون طن فقال البائع قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت واشترت ورضيت الخ صحيحة الوافي ج ١٠ ص ٩٢ . والتهديب ج ٢ ص ١٥٢ .

وعن سماعة قال : سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلوعها -

الناحية الأولى: أن المعاطاة المقصود بها الإباحة هل تفيد إباحة التصرف في
المأخوذ بالمعاطاة عند ما فقدت شيئاً من شروط البيع؟ .

قد ذكر المصنف: أن المتعاطين (إذا قصدوا مجرد الإباحة فلا إشكال في عدم
كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً. وعلى هذا فلا بد عند الشك في اعتبار شرط فيها من
الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية من خصوص أو عموم؛ وحيث
إن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان

— فقال لا إلا أن يشتري معها شيئاً غيرها رطبة أو بقلًا فيقول: أشتري منك هذه
الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا الخ.

ضعيفة بعثمان بن عيسى . فروع الكافي ج ١ ص ٣٧٨ . والوافي ج ١٠ ص ٧٢ .
وعن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) أنه قال في رجلين كان لـكل واحد منهما
طعام عند صاحبه ، ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه . فقال كل واحد
منها لصاحبه : لك ما عندك ، ولي ما عندي قال : لا بأس بذلك إذا تراضيا ، وطابت
أنفسهما . حسنة بابراهيم بن هاشم . فروع الكافي ج ١ ص ٤٠٣ . والوافي ج ١٠
ص ١٢١ .

وعن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) أنه قال في الرجل يعطي الرجل المال
فيقول له انت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها قال فان جاوزها وهلك المال
فهو ضامن وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وإن ربح فهو بينهما . صحيحة . فروع
الكافي ج ١ ص ٣٩٧ . والتهذيب ج ٢ ص ١٦٩ والوافي ج ١٠ ص ١١٩ .
وعن يحيى بن الحجاج قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل قال لي اشتر
هذا الثوب أو هذه الدابة وبمنيتها أربحك فيها كذا وكذا؟ قال لا بأس بذلك ليشتريها
ولا يواجبه البيع قبل أن يستوجبها أو يشتريها . صحيحة .

وعن جراح المدائني قال قال أبو عبد الله (ع) : إنني أكره بيع ده يازده
وده دوازده لكن أبيعك بكذا وكذا ضعيفة بجراح وقاسم بن سالمين .

مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ماثبت شرطيته كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس). لأن السيرة دليل لبي فلا بد من الاقتصار فيها بالمقدار المتيقن.

ويتوجه عليه: أن المقصود من دليل السلطنة إنما هو بيان استقلال المالك في التصرف في أمواله في الجهات المشروعة، وعدم كونه محجوراً عن التصرف فيها في تلك الجهات، وليس لأحد أن يزاحم المالك في ذلك. وعليه فدليل السلطنة لا يتكفل باثبات السلطنة للمالك على أي تصرف، سواء ثبت مشروعيته مع قطع النظر عن دليل السلطنة أم لا. وأضف إلى ذلك: أن دليل السلطنة ضعيف السند، وغير منجبر بشيء فلا يمكن الاعتماد عليه في إثبات الحكم الشرعي وقد تقدم ذلك عند الاستدلال به على لزوم المعاوضة.

— وعن محمد قال: قال أبو عبد الله «ع» إني أكره بيع عشرة بأحد عشر وعشرة باثني عشر ونحو ذلك من البيع ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة الخ ضعيفة بمعلي بن محمد.

وعن العلاء قال: قلت لأبي عبد الله «ع» الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول أبيعك بده دوازده فقال: لا بأس إنما هي هذه المفاوضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة. صحيحة. الوافي ج ١٠. ص ٩٤ و٩٣.

وعن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله «ع» قال: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجهه على نفسك ثم تبيعه منه بعد. صحيحة فروع الكافي ج ١ ص ٣٨٦. والوافي ج ١٠ ص ٩٥ إلى غير ذلك من الروايات المذكورة في الأبواب المتفرقة.

ولكن غاية ما يستفاد منها أن المعاملات المزبورة في تلك الروايات إنما أنشئت باللفظ، ومن البديهي أنه لا إشعار في ذلك على اعتبار اللفظ في صحة البيع أو لزومه فضلاً عن الدلالة عليه. وهذا واضح لا خفاء فيه.

أما السيرة فإن كان المراد بها السيرة العقلائية فلاشبهة في قيامها على إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة حتى التصرفات المتوقعة على الملك . ولكن لا يمكن الاعتماد على هذه السيرة مع قطع النظر عن كونها ممضاة للشارع . وإن كان المراد بها السيرة التشريعية فلا ريب في قيامها على إباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة . ولكن لا يمكن الاعتماد عليها أيضاً فيما إذا شك في جواز أصل التصرف - كالتصرفات المتوقعة على الملك من البيع والعقق والوطني ونحوها - بل لا بد وأن يرجع هنا الى دليل كل تصرف يشك في جوازه وعدمه .

ومثال ذلك : أنه إذا شك أحد المتعاطيين في جواز أكل المأخوذ بالمعاطاة - التي قصد بها الإباحة - رجع الى ما دل على جواز أكله أو حرمة . وهكذا لو شك في ناحية أخرى غير جواز الأكل . ولا يرجع في شيء من تلك الموارد الى أدلة حرمة التصرف في مال غيره إذ المفروض أن المالك قد أذن للأخذ أن يتصرف في المأخوذ بالمعاطاة ومعه لا يبقى مجال الرجوع الى تلك الأدلة . وإن شئت قلت : إن جواز التصرف في نفسه إنما ثبت بمادله عليه من أمانة أو أصل ومن الظاهر أن حرمة التصرف فيه بما أنه مال غيره مرتفعة باجازه المالك واذنه على الفرض . وإذن فالمقتضي . وجود المانع مفقود . وعلى هذا فلا يعتبر في المعاطاة المقصود بها الإباحة أي شرط من شروط البيع . وحينئذ فلو أعطى أحد لغيره ألف دينار بآزاء دينار واحد لم يلزم منه الرباء .

الناحية الثانية : أنه إذا قصد المتعاطيان بالأخذ والاعطاء التملك والتملك ، ولم تحصل الملكية في الخارج ، ولكن حكم الشارع بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة فهل يعتبر فيها شروط البيع ؟

قد ذكر المصنف : أن المعاطاة المقصود بها الملك بيع عرفي وإن ترتبت عليه الإباحة الشرعية . وحينئذ فيعتبر فيها ما يعتبر في البيع من الشروط كلها . نعم قد وقع في بعض الكلمات أن هذا ليس ببيع إلا أن المراد من ذلك نفي اللزوم ، لانفي البيع

حقيقة انتهى ملخص كلامه .

وتحقيق ما أفاده المصنف بوجهين :

١ - أناذكرنا مراراً عديدة : أن المعاطاة المقصود بها الملك يبع عرفي فتكون مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه . وعليه فلا بد من الالتزام بكونها مفيدة للملك من أول الأمر ، نعم قام الاجماع التعبدي على أن الشارع المقدس لم يمض البيع المعاطاتي على النحو الذي قصده المعاطيان بمجرد حصول التعاطي الخارجي ، بل أمضاه بعد تحقق شيء ما من التصرف وغيره . وعليه فالمعاطاة بيع حقيقة ، فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع اللفظي من الشروط غير الصيغة ، بديهية أن الشارع وإن لم يمض الملكية المنشأة بالمعاطاة الى زمان خاص وحكم باباحة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة في هذا الزمان . إلا أن ذلك لا يخرج المعاطاة عن كونها بيعاً عرفياً وشرعياً ، كما أن حكمه بتوقف حصول الملكية على القبض في بيع الصرف والسلم لا يخرجها عن حقيقة البيع .

٢ - أن مقصود كل من المتعاطيين إنما هو تملك ماله لصاحبه بازاء ما يأخذه منه وليس غرضها من هذا التملك بالعوض إلا إيجاد البيع ، وحيث إنه فاقد للصيغة فيحكم بفساده ، كسائر المعاملات الفاقدة لشروطها . ولكن قام الاجماع على جواز التصرف للأخذ فيما أخذه بالمعاطاة ، ولم يقد دليل على ذلك في سائر المعاملات الفاسدة . وبما أن الاجماع دليل ابي فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن وهو أن تكون المعاطاة واجدة لجميع شرائط البيع - حتى الشروط التي وقع الخلاف في اعتبارها فيه - إلا الصيغة .

وعلى الجملة : إن ما قصده المتعاطيان لم يقع في الخارج . وقد قام الاجماع على جواز التصرف لكل منهما فيما أخذه من صاحبه . وايضاً قد اقتضت الضرورة الشرعية حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه . فالجمع بين هذه الأمور يقتضي جواز التصرف في المورد المتيقن ، وهو البيع الجامع للشرائط .

وقد انضح لك بما بيناه : أنه لا يفرق فيما ذكرناه بين أن يكون اعتبار الشرط

في البيع من ناحية الدليل اللفظي ، وبين أن يكون ذلك من ناحية الاجماع ، فانه على كل تقدير لا يجوز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة إلا مع احتواء المعاطاة جميع شرائط البيع إلا الصيغة .

الناحية الثالثة : أنا إذا قلنا بأن المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الملكية من أول الأمر فهل يعتبر فيها شروط البيع ؟

الظاهر : انه لا شبهة حينئذ في كون المعاطاة بيعاً عرفاً وشرعاً .
وعليه فيعتبر فيها جميع ما يعتبر في البيع من الشروط . ويجري عليها ما يجري على البيع من الأحكام .

وقد يفصل في المقام بين الشروط التي ثبت إعتبارها في البيع بدليل لفظي ، وبين الشروط التي ثبت إعتبارها فيه بدليل لبي ، فان ما هو من القبيل الأول فيعتبر في المعاطاة أيضاً ، وما هو من القبيل الثاني فيختص بالبيع اللفظي . وهذا التفصيل ليس من ناحية أن الاجماع دليل لبي فيقتصر فيه بالمتدار المتيقن ، بل من ناحية ان الاجماع متصيد من فتاوي الاصحاب ومن البين ان المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظي اللازم من غير جهة الخيار دون المعاطاة المترتب عليها الملكية الجائزة .

واسكن لاجمال لهذا التوهم بعد صدق البيع على المعاطاة ، وكونها مشمولة للعلومات الدالة على صحة البيع ، فان المناقشة في ذلك من قبيل المناقشة في الأمور البديهية .

قوله : (وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرباء فيه أيضاً) أقول . ملخص كلامه :
انه إذا حكمنا بكون المعاطاة بيعاً عرفياً - وإن لم تعد الاباحة الشرعية - حره فيها الرباء وكذلك إذا قلنا بانها ليست بيعاً ، لانها حينئذ معاوضة مستقلة شرعية - سواء أكانت جائزة أم كانت لازمة - كما اعترف به الشهيد في موضع من الحواشي . بل يمكن الحكم بجريمة الرباء في المعاطاة اذا قصد منها المتعاطيان الاباحة ، لا الملك ، فان ذلك

أيضاً معاوضة عرفاً فتأمل .

جريانه الخيار في المعاطة

قوله : (وأما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم) . أقول : قبل التعرض لحكم المسألة لا بد وأن يعلم أنه وقع الاشتباه في موضعين من عبارة المصنف :

الاول : أنه حكم بعدم جريان الخيار في المعاطة قبل لزومها وعلل ذلك بأن المعاطة معاملة جائزة عند الاصحاب ، فلا معنى لجريان الخيار فيها . وجهة الاشتباه هي أن الخيار لا ينافي جواز المعاطة . وإنما ينافي الاباحة . وعليه فلا بد وأن تكون عبارة المصنف هكذا (لانها اباحة عندهم) والشاهد على صدق مقالنا أمران الاول : أن المشهور بين القدماء هو أن المعاطة تفيد الاباحة ، لا الملك الجائز . الثاني : ما ذكره المصنف عقيب التعليل المذكور من أنه (وإن قلنا باعادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً) . ويضاف الى ذلك كله أنا وجدنا في بعض النسخ الصحيحة لفظ (اباحة) بدل كلمة (جائزة) .

الثاني : أن المصنف حكم بثبوت الخيار في المعاطة بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم وجهة الاشتباه هي أن المعاطة المفيدة للملك بيع من الاول . غاية الامر أنها بيع جائز . ثم إن تحقيق الكلام هنا يقع في جهات شتى :

الجهة الاولى : أنه هل يثبت الخيار في المعاطة المقصود بها الاباحة ؟ .

الظاهر : أنه لا يثبت فيها الخيار لاني مقام الثبوت ، ولا في مقام الاثبات :

أما الاول فلأن معنى الخيار إنما هو ملك فسخ العقد - كما يأتي في مبحث الخيارات - ومن الواضح أن المعاطة المقصود بها الاباحة ليست من العقود لكي يثبت فيها الخيار ، بل هي تفيد اباحة خالصة ويجوز لكل من المتعاطين التصرف فيما أخذه من

صاحبه ، ولا يكون هذا التصرف تصرفاً محرماً ، إذ المفروض أن مالكة الأصل قد أذن في ذلك .

أما الثاني فلا أنه إذا لم يمكن ثبوت الخيار في المعاطاة لم تكن مشمولة لأدلة الخيار إثباتاً وهذا واضح لا ريب فيه .

ثم إن المصنف قد أغفل التعرض لهذه الجهة كما أنه أغفل التعرض للمعاطاة التي ترتب عليها الملك اللازم من أول الأمر . ويجري فيه الخيار المصطلح جزماً . ولعل عدم تعرضه لهاتين الجهتين لأجل الوضوح .

الجهة الثانية : أن المعاطاة المقصود بها الملك التي ترتب عليها الملكية الجائزة هل يثبت فيها الخيار مطلقاً ، أم لا يثبت فيها ذلك مطلقاً ، أم يفصل بين الخيارات الثابتة بدليل خاص فيحكم بعدم ثبوتها في المعاطاة - كخيارى المجلس والحيوان - لأن أدلتها مختصة بالمعاملة التي تكون لازمة من غير ناحية الخيار . والمفروض أن المعاطاة ليست كذلك . وبين الخيارات الثابتة بدليل عام - كخيار الغبن ونحوه - لأن أدلتها غير مختصة بالمعاملات التي تكون لازمة من غير ناحية الخيار .

فقد التزم المصنف بالوجه الأول في مطلع كلامه ، وأنه يحكم بثبوت الخيار في المعاطاة وإن كان يظهر أثره بعد لزومها . وعليه فيصح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم .

واحتمل التفصيل المتقدم في آخر كلامه . وذهب بعضهم الى القول الثانى ، وأن الخيارات مطلقاً لا تجري في المعاطاة . بديهة أن اثر الخيار إنما هو جواز العقد . ومن الواضح أن المعاطاة جائزة بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض وإذن ففعل الخيار في المعاطاة لغو محض وتحصيل لا حاصل .

والتحقيق : أن الخيارات مطلقاً تجري في المعاطاة ، بناء على أنها تنفيذ الملك الجائز، ضرورة أن الجواز الثابت في المعاطاة التي تنفيذ الملك الجائز إما جواز حقي كان

أمره بقاء وارتفاعاً بيد المتعاملين ، أو جواز حكمي كان أمره بيد الشارع . دون المتعاملين ، كالجواز في الهبة . وعلى كلا التقديرين فمتعلق الجواز إما هو العقد ، أو العين المأخوذة بالمعاطة .

فان كان جواز المعاطة جوازاً حقيقياً ، وقلنا بتعلقه بالعقد المعاطاتي كان ذلك مشمولاً لأدلة الخيارات . وعليه فيثبت الخيار في البيع المعاطاتي لكل من المتعاطين بسببين . ومن الظاهر أنه لا محذور في ذلك ، لأن نظائره كثيرة في الفقه . وحينئذ يمتاز البيع المعاطاتي عن بقية البيوع باختصاصه بخيار خاص . وان شئت فسمه بخيار المعاطة . وعلى هذا فيجوز ارتفاع أحدهما وبقاء الآخر : كما اذا تلفت إحدى العينين في المجلس ، فانه حينئذ يرتفع خيار المعاطة ، ويبقى خيار المجلس ، واذا تفرقا عن مجلس العقد قبل تحقق المزم سقط خيار المجلس ، وبقي خيار المعاطة .

واذا قلنا بتعلق خيار المعاطة بالعين كان الامر اوضح ، لان متعلق خيار المعاطة أجنبي عن متعلق الخيار المصطلح ، فلا يجتمعان في مورد واحد لكي يناقش فيه بلزوم اللغوية . وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

وان كان جواز المعاطة جوازاً حكيمياً ، وقلنا بتغاير متعلقه مع متعلق الخيارات المصطلحة فلا شبهة في ذلك ايضاً وان قلنا باتحاد متعلقها فرجماً بتوهم ان ذلك يوجب اللغوية وتحصيل الحاصل . ولكن هذا التوهم فاسد . لانه انما تلزم اللغوية فيما اذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر مع ان الانفكاك بينهما من الواضح بمكان ، بديهية ان النسبة بينهما هي العموم من وجه ، اذ قد يسقط خيار المعاطة ويبقى الخيار المصطلح ، وقد يسقط الثاني ويبقى الاول ، وقد يجتمان سقوطاً وبقاءً واذن فلا محذور في اجتماع خيار المعاطة مع الخيارات المصطلحة ثبوتاً واثباتاً . وهذا واضح لا ريب فيه .

أما التفضيل المتقدم الذي احتمله المصنف فهو واضح الاندفاع تقضاً وحلاً :

أما الاول فلا أنه لو تم ذلك التفضيل في المعاطة لجرى مثله في البيع بالصيغة ايضاً

طابق النعل بالنعل ، والقذة بالقذة ، لأنه إذا اجتمعت فيه عدة من أسباب الخيار - وقد فرض أن دليل كل واحد منها مخصوص بعقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحية هذا الخيار - لزم الحكم بهدم اجتماع الخيارات فيه أيضاً . مع أنه لم يلتزم بذلك أحد .

أما الثاني فلأن أدلة الخيارات وإن اختلفت بعقد كان طبعه على اللزوم ولكن لزومه إنما هو مع قطع النظر عن ثبوت خيار آخر فيه : بمعنى أنه إذا وجد عقد في الخارج ولم يقترن بما يقتضي جوازه كان ذلك العقد لازماً في نفسه . وهذا لا ينافي جوازه من الجهات الاخر المعارضة .

وقد أشير الى هذه النكسة القيمة في أخبار خيار المجلس التي تدل على ان المتبايعين بالخيار ما لم يقترقا ، فاذا اقترقا وجب البيع (١) فان الظاهر من وجوب البيع ولزومه - في تلك الروايات - إنما هو لزومه من ناحية خيار المجلس فقط . وهو لا ينافي جواز البيع من ناحية خيار آخر .

الجهة الثالثة : أنه هل يجري الخيار في المعاطة المقصود بها الملك - التي لا تؤثر الا في الاباحة - أم لا ؟

لاشبهة في صدق البيع عليها عرفاً ، نهاية الامر انه قام الاجماع على عدم تأثيرها في الملكية عند الشارع الى زمان معين الا ان ذلك لا يمنع عن صدق البيع عليها بالحل الشايح واذن فتكون المعاطة مشمولة للعمومات الدالة على صحة البيع ، فيحكم بكونها بيعاً في نظر الشارع . كما أن حصول الملكية في بيع الصرف والسلام يتوقف على القبض الخارجي . وعليه فان كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد هو تسلط ذي الخيار على فسخه فسخاً فعلياً : بان يتمكن من ارجاع ما انتقل عنه الى نفسه فلاشبهة في أن المعاطة - بناء على الاباحة - غير مشمولة لادلة الخيارات ، بديهة ان الثابت بالفعل لكل من المتعاطين ليس الا اباحة التصرف فيما أخذه من صاحبه ، وانما تحصل الملكية في ذلك

بعد تحقيق احدى اللزمات . ومن الظاهر أن اباحة التصرف ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف في المأخوذ بالمعاطاة . بلا احتياج الى فسخ المعاطاة بالخيار المصطلح . الا ان يتوهم أن الاباحة المترتبة على المعاطاة ليست اباحة مالكية لكي ترتفع بعدم رضى المالك بالتصرف ، وانما هي اباحة شرعية . ومن الظاهر أن الاباحة الشرعية باقية مالم يحكم الشارع برفعها ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهية أن الاباحة هنا إنما ثبتت بالاجماع ، والتميقن منه إنما هو بقاء الباذل في اذنه السابق ، فلا يشمل صورة رجوعه عن اذنه .

وعلى الجملة : إنه لو كان الغرض من جعل الخيار في العقد ترتب الاثر الفعلي عليه لم يجر ذلك في المعاطاة المقصود بها الملك - التي تفيد الاباحة - ولكنه بديهي البطلان ضرورة اجتماع الخيارات العديدة في البيع وغيره من العقود .

وان كان المقصود من ثبوت الخيار في العقد تمكين ذي الخيار من إلغاء ما هو مؤثر في النقل والانتقال فلاشبهة حينئذ في جريان الخيار المصطلح في المعاطاة - المقصود بها الملك التي تفيد الاباحة - لانها قابلة للتأثير في الملكية فاذا حكمنا بثبوت الخيار للمتعاطين كان لكل منها أن يرفع تلك القابلية يرفع موضوعها لكي لاتلحق بها الملكية ، وإذن فيكفي في صحة جعل الخيار في المعاطاة التمكن من إلغائها عن قابلية التأثير في الملكية .

بيان مورد المعاطاة

الامر الثاني : أن التيقن من مورد المعاطاة إنما هو تحقق الاخذ والاعطاء من الطرفين - كما يقتضيه مفهوم المفاعلة ولاشبهة في صدق البيع على ذلك ، وصكوته مشمولاً للعمومات الدالة على صحة البيع وزومه .

ولو تحقق الاعطاء من طرف والاخذ من طرف آخر فهل يصلح عليه مفهوم البيع ؟ وتحقيق ذلك يقع في نواحي شتى :

الناحية الاولى : أن يكون الغرض من الاخذ والاعطاء مجرد الاباحة ، ولاشبهة في أن ذلك ليس بيعاً . نعم جاز للاخذ أن يتصرف في المأخوذ بالمعاطة .

الناحية الثانية : أن يكون الغرض من التعاطي هو التمليك والتملك ، وتترتب عليه الملكية في الخارج ، فلا شبهة في أن ذلك بيع عرفاً ، فيكون مشمولاً للعمومات الدالة على صحة البيع ، وبحكم بكونه بيعاً في نظر الشارع أيضاً .

والوجه في ذلك : أن عنوان المعاطة لم يرد في رواية ، ولا في آية ، ولا أنه معقد للاجماع التعبدى لكي يحفظ على هذا العنوان ويؤخذ منه بالمقدار المتيقن . بل محور البحث في المقام هو أن البيع يتحقق بالانشاء الفعلى كما أنه يتحقق بالانشاء القولي . وعليه فلا بد من ملاحظة الفعل الذي ينشأ به البيع ، فإن صدق عليه مفهوم البيع حكم بكونه بيعاً ، وإلا فلا ، ومن الواضح أن الاعطاء من أحد المتعاطين مع قصد التمليك يعد ايجاباً للبيع عرفاً ، ويكون الاخذ الخارجى من الطرف الآخر قبولاً له . بل أكثر المعاملات المعاطية الواقعة في الخارج من هذا القبيل ، لتحققها في الخارج بالاعطاء من جانب والأخذ من جانب آخر . وعليه فيكون الاعطاء المتأخر من جانب الآخذ وفاء بالعقد ضرورة أنه لو كان العطاء من قبله مطاوعة لزم الانفكاك بين الايجاب والقبول في المعاطة الواقعة نسيئة بل لزم كون الانشاء مراعى بالاعطاء المتأخر من ناحية الآخذ نهاية الامر أنه يجوز للاخذ أن يتصرف فيما أخذ من صاحبه على سبيل التضمين ولا ريب في ان ذلك كله بديهي البطلان ، وخلاف السيرة التشريعية والعقلانية .

وذكر شيخنا الاستاذ : أن البيع تبديل احد طرفي الاضافة باضافة أخرى ، ومن المعلوم ان الاعطاء من طرف واحد والاخذ من الطرف الآخر ليس مصداقاً لذلك . بل نسبته اليه والى الهبة المعوضة متساوية . وهذا بخلاف ما اذا تحقق الاعطاء من الطرفين فان التبديل المكاني هنا بطبعه الأصيل انما هو تبديل لأحد طرفي الاضافة الاعتبارية باضافة اخرى كذلك فهو بيع حقيقة . وعليه فأخراجه من دائرة البيع ، وإدخاله في

دائرة الهبة يحتاج الى مؤونة زائدة .

وعلى الجملة : إن التبديل الاعتباري في باب المعاطاة يدور مدار التبديل الخارجي وحيث إن التبديل الخارجي متحقق في فرض حصول التعاطي من الطرفين ، فيترتب عليه التبديل الاعتباري انتهى ملخص كلامه .

ويرد عليه : أن البيع وان كان تبديل مال بمال ، ولكن المراد من التبديل هنا ليس هو التبديل الخارجي المسكاني بل المراد به هو التبديل الاعتباري ومن الظاهر ان هذا المعنى يتحقق بالاعتبار النفساني المبرز ببرز خارجي فعلي أو قولي .

الناحية الثالثة : أن يقصد كل من المعطي والآخذ التمليك والتملك ، ولكن لم يحصل في الخارج إلا الاباحة الى زمان حصول المالك . والظاهر أن هذا من افراد البيع الحقيقي ، لان تأخير الملكية لا يخرجها عن كونه بيعاً ، كما أن بيع الصرف والسلم لا يخرجان عن حدود البيع بتأخر الملكية فيهما الى زمان القبض . نعم قد يناقش في جواز التصرف قبل حصول المملك ، لانه لم يثبت إلا بالاجماع ، ومن الظاهر أن المتيقن منه ما يكون التعاطي من الطرفين ، لامن طرف واحد إلا أن يتمسك في إثبات جواز التصرف هنا بدليل السلطنة ، وقد عرفت فيما تقدم أنه غير تام . لامن حيث السند ، ولامن حيث الدلالة قيل :

إنكم حكتم - في الناحية الأولى - بجواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة وإن كان التعاطي من طرف واحد - فلماذا لا يحكمون بذلك في هذه الناحية . والجواب عنه : أن الاباحة المترتبة على التعاطي في الناحية الاولى إباحة مالكية ومن الواضح أن المالك اذا رضي بجواز التصرف في ماله لم يلزم منه محذور أصلاً وأما الاباحة المترتبة على التعاطي في هذه الناحية فهي إباحة شرعية . وعليه فلا بد من ملاحظة دليلها . وقد عرفت أن الدليل على هذه الاباحة إنما هو الاجماع . والاجماع دليل لي فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن . ولكن الذي يسهل الخطب : أن الاجماع - بل السيرة ايضاً - قائم على جواز

التصرف في المأخوذ بالمعاطاة - وإن كان التعاطى من طرف واحد - ولذا نرى بالعيان ، ونشاهد بالوجدان أن الناس على اختلاف طبقاتهم وتشتت أصنافهم يتعاملون فيما بينهم بالمعاملة المعاطائية في الاشياء الحقيمة والخظيرة . ولم نر ولم نسمع - الى الان - أن يتوقف أحد في جواز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة ، حتى مع تحقق التعاطي من طرف واحد مع أن المغروس في أذهان القدماء ، والمشهور فيما بينهم أن أغلب المعاملات المعاطائية إنما تتعقد بالتعاطى من طرف واحد . ويكون الاعطاء من ناحية الآخذ وفاء بالتزامه ، لا قبولاً للإيجاب المتقدم - وقد تقدم ذلك آنفاً - نعم لوشك في دخوله في معقد الاجماع لاتبه الحكم بعدم دخوله فيه كما هو واضح .

وقد يتوهم انعقاد البيع المعاطائى بمجرد وصول المثلن الى المشتري ووصول المثلن الى البائع بأي نحو اتفق وان لم يصدق عليه الاعطاء فضلاً عن التعاطي . والوجه في ذلك ما أسلفناه سابقاً من أن عنوان المعاطاة لم يرد في آية ، ولا في رواية ، ولا في معقد اجماع لكي ندور مدار هذا العنوان ونجعله مورداً للنقض والابرار ومركزاً للنفي والاثبات . بل إنما عبر بها عن المعاملة الخاصة المتعارفة بين الناس . واذن فيكون المدار في ذلك هو الصلح العرفي وعليه فإي فعل كان قابلاً لابرار ما في النفس من اعتبار الملكية صدق عليه عنوان المعاملة المعاطائية وتشمله العمومات الدالة على صحة البيع ولزومه سواء أكان ذلك الفعل تعاطياً من الطرفين أم من طرف واحد أم لم يكن هنا تعاط أصلاً ، بل كان مجرد وصول المثلن الى البائع ووصول المثلن الى المشتري بأي نحو اتفق .

وقدم مثل المصنف لذلك بأمور :

١ - أن يرتوي الظامي من قرابة السقاء مع غيبته ويحمل عوضه في المكان المعدله مع علمه بأن السقاء راض بذلك .

٢ - أن يلتقط شخص شيئاً حقيراً من مخازن الخضارين أو البقالين أو العطارين

مع غيبتهم عن دكاكينهم ، ويجعل عوض ما يأخذه في صندوقهم ، مع العلم او الاطمئنان العادي برضا المالك بذلك .

٣ - أن يرد أحد الحمام ولا يجد فيه صاحبه ، ويفتسل فيه ، ويضع أجرته في المكان المعدلها مع علم الوارد بأن الحمامي راض بذلك .

ولكن الظاهر : أن الامثلة المزورة كلها غريبة عن مقصود المتوهم : أعنى به تحقق المعاطاة بمجرد أخذ المئمن ووضع الثمن مكانه - بل تلك الامثلة إمامن صغريات الأقسام الماضية ، أو أنها خارجة عن حدود المعاطاة بالكلية :

أما المثال الاول فلأن شرب الماء يختلف حسب اختلاف الأشخاص والحالات إذ قد يكون المشرف على الماء من الأشخاص الظمأ شديد الظمآن ، وقد يكون عطشاناً عادياً . أما الأول فلاير توي الاشرب مقدار كثير من الماء . وأما الثاني فيصير ريانا يشرب المقدار اليسير منه . ومن الواضح أن هذا الاختلاف الفاحش يوجب غررية البيع وإذن فلا محيص الا عن جعل أشباه ذلك من قبيل الاباحة بالعوض . والدليل على صحة هذه الاباحة هو السيرة القطعية ، لانها قائمة على ذلك في الاشياء الخفيفة والامتعة الزهيدة . بل يمكن أن يكون المثال المذكور من قبيل المعاوضة الخاصة التمليلية . فتكون مشمولة لآية التجارة عن تراض . نهاية الأمر انها غررية ومن الواضح أن دليل نفي الغرر وهو النبوي (١) مختص بالبيع ، فلا يجري في غيره .

وأما المثال الثاني فهو من مصاديق البيع المعاطاتي المتعارف غاية الأمر أن إيجابه ليس بمباشرة المالك ، بل انما هو بمباشرة وكيله . وذلك لان الخضار والبقل والقطار وأمثالهم من سائر أصناف التجارة انما يوكلون الأشخاص الواردين على دكاكينهم في بيع أممتعتهم بالقيمة المتعارفة ووضع أثمانها في الموضع المعد للنقود كما أنهم يوكلون غالباً

(١) عن أبي هريرة أن رسول الله (ص) نهى عن بيع الغرر سنن البيهقي

الاشخاص المعينين في ذلك وعليه فكل من يأخذ متاعاً من دكاكين هؤلاء الكاسيين فهو ينشئ البيع بأخذه هذا من قبل المالك ، ويقبله من نفسه بوضع ثمن ذلك المتاع في المكان المعدله . واذن فيتحقق البيع المعاطاتي هنا بالتعاطي من الطرفين - الذي هو المقدار المتيقن من مورد المعاطاة - ويكون ذلك نظير قول القائل : أبتق عبدك عني . وعلى الجملة : إنه لا بأس بالالتزام بكون هذا المثال من البيوع التوكيلية ، كسائر البيوع الصادرة من أولياء الملاك ووكلائهم .

وقد ناقش في ذلك شيخنا الاستاذ ، واليك نص مقرره : (لا يمكن تصحيحه بكونه وكيلاً من الطرفين في تبديل أحد طرفي الاضافة بمثله ، لوضوح عدم توكيل المالك شخصاً معيناً) . والجواب عن ذلك :

أن تعيين الوكيل إنما يعتبر في الوكالات الشخصية دون الوكالات النوعية فلو قال أحد بني وكت شخصاً من أهل النجف المحترم في بيع متاعي أو إيجار دارى لكان عقد الوكالة باطلاً جزماً . وإذا قال : إن علماء النجف وكلائى في بيع كتى ، أو تعمير مدرستى . أو بناء المساجد من خالص مالى كان ذلك صحيحاً قطعاً بديهياً أن تعيين عنوان كلي في التوكيل الذي ينطبق على أشخاص معينين كتوكيل شخص معين ، لا انه كتوكيل شخص غير معلوم .

وأما المثال الثالث فهو أيضاً غريب عن البيع المعاطاتي ، بل هو بعيد عن الاجارة المعاطاتية أيضاً :

أما بعده عن البيع المعاطاتي فلأن الماء الذي يستعمله الوارد على الحمام غير معلوم المقدار . وإذن فلا يصح بيعه لكونه غريباً . وأما بعده عن الاجارة المعاطاتية فلانه يشترط في الاجارة إمكان الانتفاع من العين المستأجرة مع بقاء عينها . ومن الواضح ان الماء المستعمل في الحمام لا تبقى عينه بعد الاستعمال . وعليه فلا يصح وقوع الاجارة عليه . قيل :

إن العين المستأجرة إنما هي نفس الحمام والمياه المستعملة فيه تعد منفعة له . وإذن فيكون مورد المثل الثالث من موارد الاجارة المعاطاتية . والجواب عن ذلك :

أن من أركان الاجارة إنما هو تعيين المدة فيها فإذا انتفى ذلك بطلت الاجارة من اصلها . ومن البديهي أن المغتسلين في الحمامات يختلفون بحسب الحالات ، فانه يتوقف فيها بعضهم ساعة ويلبث فيها آخر ساعتين وهكذا . ومع ذلك لا يمكن الالتزام بكون مانحن فيه من قبيل الاجارة المعاطاتية .

وعلى هذا الضوء فالمثل الثالث أيضاً من قبيل الاباحة بالعوض ، أو من قبيل المعاوضة الخاصة التملكية كما جعلنا المثل الاول أيضاً من هذا القبيل . والمتحصل من جميع ما ذكرناه اذا لم نتصور من تلك الأمثلة قسماً آخر للمعاطاة غير الاقسام الماضية .

نعم يمكن تصوير قسم آخر لها : وهو أن يكون مال كل من الجانبين عند الجانب الآخر إما بعنوان الوديعة أو بالعصب ، أو باطارة الريح أو بغير ذلك . ثم قصد كل منهما كون ما بيده عوضاً عما في يد صاحبه . وحينئذ فلا يبعد صلح مفهوم البيع على ذلك ، لأننا ذكرنا مراراً أن البيع هو الاعتبار النفساني المبرز بمبرز خارجي . ومن الظاهر أنه لم ترداية ولا رواية ، ولا انعقد اجماع على اختصاص ذلك المبرز بشيء خاص ولا أن عنوان المعاطاة قد ورد في دليل لكي يؤخذ به ويحكم بعدم صدقه على مانحن فيه وعليه فابقاء كل من الجانبين ماله عند الجانب الآخر مبرز خارجي لاعتبار الملكية .

نعم اذا قلنا بأن المعاطاة المقصود بها الملك لا تقيد إلا الاباحة الشرعية لم يحز التصرف لكل من الجانبين فيما عنده من المال ، بديهة أن هذه الاباحة إنما ثبتت بالاجماع ، وهو دليل لبي فلا يشمل هذا القسم من المعاطاة .

ثم إن للمصنف هنا كلاماً لم نحققه الى الآن ، وإليك لفظه : (ثم إنه لم يقلنا بأن اللفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة أمكن خلو المعاطاة من الاعطاء والايصال رأساً فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير ايصال ، ولا يبعد صحته مع

صدق البيع عليه بناء على الملك واما بناء على القول بالاباحة فلاشكال المتقدم هنا أكد) والوجه في كون الاشكال المتقدم هنا أكد هو العلم بعدم قيام السيرة هنا على اباحة التصرف دون الصورة السابقة وهي أن يكون التعاطي من طرف واحد .

أقول : إن كان غرضه من اللفظ المزبور الصيغة الخاصة الفاقدة لبعض شرائطها فلا يترتب عليه أثر بوجه ، بل شأنها شأن تسمية الاجرة للبذر والبقر في عقد المزارعة . وعليه فلا وجه صحيح للمصنف أن يلزم بحصول النقل والانتقال بذلك اللفظ - بناء على أن الماطاة تفيد الملكية - وأن يناقش في جواز التصرف في الموضين على القول بانها تفيد الاباحة .

وان كان غرضه من ذلك أن اللفظ اذا كان فاقداً لبعض شرائط الصيغة - في مقام الانشاء - كان ذلك مقاولة ومن الواضح أن المقاولة تكشف عن اعتبار الملكية ، كما أن صيغة بيعت تكشف عن ذلك . واذن فتشمله المومات الدالة على صحة البيع ، إن كان مراده من اللفظ هو هذا فيتوجه عليه أن المبرز بمقاولة إنما هو التباي على البيع . والمبرز بصيغة بيعت ونحوها إنما هو نفس البيع . ومن الواضح أن احدهما يباين الآخر . واذن فلا يمتثل ان يجعل احد المتباينين مصداقاً لصاحبه ، ولان إبراز البناء على البيع يستلزم إبراز ماسليه البناء ، وهو اعتبار الملكية .

تمييز البائع عن المشتري في البيع المعاطاني

الامر الثالث : أنه بماذا يميز البائع عن المشتري في البيع المعاطاني ؟ لاشبهة في أن الغرض من هذا الامر ليس هو تمييز مفهوم البائع عن مفهوم المشتري ، لأنهما من الامور الواضحة التي لا يحتاج الى البيان ، ضرورة أن من أنشأ البيع يسمى بائعاً ، ومن يقبل ذلك يسمى مشترياً . ولأن الغرض من ذلك هو تمييز أحدهما عن الآخر في

موارد الشبهات المصادقية: بأن يوجد بيع معاطاتي في الخارج ولم يميز فيه البائع عن المشتري من جهة الأمور الخارجية، بديهية أن ذلك راجع الى باب المرافعات، ولاصلة له بالمقام. بل الغرض الأقصى من عقد هذا الأمر إنما هو التعرض لمفهومى البائع والمشتري سعة وضيقاً لكي يستوضح مقدار صدقهما. وقد سمي المصنف أشباه ذلك في أول كتاب الطهارة بالشبهة في الصدق، ومرجعه في الحقيقة الى الشبهة المفهومية ولذا أن الاصحاب لم يجعلوها قسماً آخر وراء الشك في أصل المفهوم.

وإذا عرفت ذلك فاعلم أنه إذا كان أحد العوضين نقداً والعوض الآخر عرضاً فالذي يعطي العرض يسمى بائعاً، والذي يعطي النقد يسمى مشترياً اقيام سيرة العقلاء وديدينهم على ذلك. وإذا كان كلا العوضين نقداً، أو كان كلاهما متاعاً ولكن كان نظر أحد المتعاملين من المبادلة الى حفظ مالية ماله في ضمن أي متاع كان مع كون غرضه في ذلك هو تحصيل الربح والمنفعة - كأهل التجارة والسكسب - وكان نظر الآخر الى رفع حاجته وكشف نوائبه، وكرباته فقط فان الأول يسمى بائعاً والثاني يسمى مشترياً وعلى هذا فيكون الملحوظ فيما يعطيه المشتري، هو المالية الخالصة لكي يكون ذلك قائماً مقام النقود، وينون بعنوان الثمنية ومثال ذلك: أن يعطي أحد مقداراً من الخنطة ليأخذ لها وكان غرضه من إعطاء الخنطة أنها تساوي درهما فان هذا يسمى مشترياً، وبإذال الاحتم يسمى بائعاً. وإذا انعكس الامر انعكس الصدق ايضاً.

وان كان كلا العوضين عرضاً، أو نقداً - من غير سبق مقابلة تدل على كون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً وكان الغرض لكل من المتعاملين هو تحصيل الربح والمنافع مع حفظ مالية ماله في ضمن أي متاع كان، أو كان نظر كليهما الى رفع الاحتياج ودفع الضرورة فقط - كتبديل عباءة بعباءة أو كتاب بكتاب - إن كان كذلك فذكر المصنف فيه وجوهاً أربعة:

١ - أن يكون ذلك بيعاً وشراءً بالنسيئة الى كل من المتبايعين، لأن البيع

مبادلة مال بمال ، كما في المصباح . والاشراء ترك شيء . والتمسك بغيره كما في القاموس ولاشبهة في تحقق هذين العنوانين بفعل كل واحد من المتعاطين . وعليه فلو حلف أي منهما على عدم الاشتراء حنت بذلك . نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع ، ولا أحكام المشتري ، لانصرافهما - في أدلة تلك الأحكام - الى من كان بائعاً محضاً ، او مشترياً محضاً فلا تثبت تلك الأحكام لمن كان - في معاملة واحدة - مصداقاً لهما باعتبارين .

ولكن يتوجه عليه : ان عنوان البائع وعنوان المشتري بالمعنى المزبور العام كما يصدق على كل منهما في المقام ، كذلك يصدق على كل من المتبايعين في كل بيع ، حتى فيما اذا كان أحد العوضين نقداً والعوض الآخر عرضاً ، ولازم ذلك أن لا يختص أحد المتبايعين في البيوع المتعارفة بكونه بائعاً ، وثانيهما بكونه مشترياً ، وهذا بدیهي البطلان .

٢ - أن يكون ذلك بيعاً بالنسبة الى من يعطي متاعه أولاً ، لصدق الموجب عليه ، وشراء بالنسبة الى الآخذ ، لكونه قابلاً .

ويتوجه عليه : أن هذا الوجه وإن كان صحيحاً في الجملة الا أنه لا يتم في جميع الموارد ، بديهية أنه لاشبهة في جواز تقديم القبول على الإيجاب في البيوع اللفظية . وعليه فيمكن أن يقصد المعطي أولاً - في البيع المعاطاتي - قبول الإيجاب المتأخر . وإذن فلا دليل على الحكم بكون الباذل أولاً بائعاً ، وكون الباذل ثانياً مشترياً على وجه الإطلاق

٣ - أن يكون ذلك صلحاً معاطاتياً ، لان المصاحبة بمعنى التسلم ، ومن الواضح أن كل واحد من المتعاطين يتسلم على تبديل ماله بمال صاحبه . ومن هنا حملوا الزواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي على الصلح (١) .

ولكن يرد عليه : أنه إن كان المراد من الصلح ما هو مصداق لمفهوم التسلم بالحمل الشايع فهو حسن ، لأن مفهوم التسلم أمر وسيع يشمل جميع العقود حتى النكاح ، الا

أن المنشأ في كل عقد بدء غير ماهو المنشأ في الصلح ، بديهية أن كل معاملة وإن كانت لاتصدر الا عن تسالم من الطرفين على تملك المعاملة لكونه غير عقد الصلح الذي يكون المنشأ فيه نفس عنوان الصلح . فكم فرق بين إنشاء الصلح وبين إنشاء معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين . نعم ان نتيجة إنشاء الصلح به قدرة قد تتحد مع نتيجة بعض العقود الاخر .

وإن كان المراد من الصلح ماهو إنشاء لمفهوم المصالحة التي تتميز عن بقية العقود فهو واضح البطلان ، ضرورة أن التعاطي المذكور بعيد عن مفهوم الصلح وحقيقته . وأما الرواية الزبورية فلاوجه لملها على الصلح بل هي تناسب الهبة المعوضة . وهذا واضح لا ريب فيه .

٤ - ان يكون ذلك معاوضة مستقلة من غير أن يدخل هذا تحت أحد العناوين المتعارفة . وهذا هو الصحيح عندنا . وتدل على صحته آية التجارة عن تراض (١) ولاريب أن أمثال هذه المعاملة كثيرة في العرف .

أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

الامر الرابع : في أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين .
ولاريب في أن أصل المعاطاة - وهي إعطاء كل من المتعاطيين ماله لصاحبه - يتصور على وجوه .

ويحسن بنا قبل التعرض لحكم تلك الوجوه أن نقدم ما لا يستغني عنه ، وهو بيان الفارق بين هذا الامر ، وبين الامر الثاني . وحاصله : ان جهة البحث في الامر الثاني إنما هي متمحضة في بيان مورد المعاطاة . وبيان ماهو المبرز الخارجي لما قصده المتعاطيان . ولذا ذكر المصنف في طليعة البحث عنه : (أن المتيقن من مورد المعاطاة حصول التعاطي

فعلا من الطرفين) . وجهة البحث في الامر الرابع إجماعي بيان ماقصده المتعاطيان ، ولذا ذكر المصنف في مطلع كلامه هنا ان اصل المعاطة يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه شتى وإذن فمرجع البحث في أحد الامرين غير ماهو مرجع البحث في الامر الآخر ، فلاتنافي بينهما ، وعليه فلاوجه لما اورده شيخنا الاستاذ على المصنف ، واليك نص مقرر بحته : (أن الايجاب والقبول يتحقق بدفع العين اولا من البائع وقبضها من المشتري ، وخروج مايدفعه المشتري ثانياً ويقبضه البائع عن حقيقة المعاوضة ، فيلزم أن يكون المعاملة حاصلة دائماً بدفع العين اولا وقبضها ، ويكون دفع المشتري دائماً خارجا عن حقيقة المعاوضة وعلى هذا فلاوجه لما التزم به في الامر الثاني من ان المتيقن من مورد المعاطة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين . . . لان المفروض أن العطاء الثاني لا اثر له ، ولا يتحقق به الا عنوان الوفاء بالمعاطة) .

ووجه عدم المنافاة بين الامرين : انه لاتنافي بين الالتزام بأن الايجاب والقبول يحصلان بالاعطاء والقبض اولا ، وان دفع العين ثانيا خارج عن حقيقة المعاطة ، بل هو وفاء بالعقد ، وبين القول بأن المتيقن من مورد المعاطة هو ما إذا حصل التعاطي من الطرفين ، فان العقد وان تم بالاقباض والقبض اولا الا ان المتيقن منه قبال العقد اللفظي هو ماتعقبه الاعطاء من الطرف الثاني ايضا واذا لاتنافي بين الامرين .
واذا عرفت ماتلوناه عليك فاعلم انه قسم المصنف المعاطة - بحسب قصد المتعاطين - على اربعة أقسام :

- ١ - ان يقصد كل من المتعاطين تملك ماله بماال الآخر وعليه فيتم الايجاب والقبول بدفع العين الاولى وقبضها ، ويكون دفع العين الثانية خارجا عن حقيقة المعاطة بل يكون ذلك وفاء لما التزم به بازاء مأملاكه وعلى هذا فلومات القابل بعد المطاوعة وقبل دفع العوض لم تبطل المعاطة ، لانه مات بعد تحققها في نظام الوجود .
- ٢ - ان يقصد كل من المتعاطين تملك ماله للآخر بازاء تملك الآخر ماله

إياه بحيث تكون المعاوضة متقومة بالعطاء من الطرفين مع كون التملك بازاء التملك وعليه فلو مات الثاني قبل أن يملك ماله للأول لم تتحقق المعاوضة ، إذ المفروض أن المقابلة بين التملكين ، للملكين . ولا ريب أن هذا المعنى بعيد عن مفهوم البيع ، لما عرفته في أول الكتاب من أنه يعتبر في مفهوم البيع أن يكون المبيع من الأعيان ، ومن الواضح أن نفس التملك من الأفعال ، فلا يقع مبيعاً . نعم هو قريب من الهبة المعوضة من ناحية ، وبعيد عنها من ناحية أخرى : أما قربه منها فمن جهة أن كلا من المالكين خال عن العوض ، إذ المفروض أن المقابلة قد وقعت بين التملكين ، لا بين المالكين ، فتكون كالهبة المعوضة ، لأجل وقوع التملك بازاء التملك وأما بعده عنها فمن جهة أن حقيقة الهبة - معوضة كانت أم غيرها - عبارة عن العطية بلا بدل فقوامها بالمجانة . وأما اعتبار العوض في الهبة المعوضة فأما هو على نحو الداعوية والاشتراط ، لا على نحو المقابلة والمعاوضة .

ومن الظاهر أن المفروض في المقام إنما هو وقوع التملك بازاء التملك ، لا على نحو المجان ، وبلا بدل . والاولى أن يجعل هذا القسم من التعاطي إما من قبيل المصالحة على أمر معين ، أو من قبيل المعاملة المستقلة وهذا ظاهر لا خفاء فيه .

٣ - أن يقصد الباذ أولاً إباحة ماله للأخذ بازاء أن يملك الآخذ ماله إياه فتقع المبادلة بين الإباحة والتملك .

٤ - أن يقصد كل من المتعاطيين إباحة ماله للآخر بازاء إباحة الآخر ماله إياه فتقع المقابلة بين الاباحتين ، أو تكون الاباحة الاولى بداعي الاباحة الثانية انتهى ملخص كلام المصنف .

ولا يخفى على الفطن العارف : أن الوجوه المتصورة في المقام وإن كثرت كثيرة - كما أوضحها - غير واحد من المحشين - ولكن يتضح حكمها من الاقسام المذكورة . ومن هنا أغفل المصنف التعرض لجميع الاقسام المتصورة في المقام .

أما القسم الاول - : أعنى به وقوع المقابلة بين المملوكين - فهو المصداق الواضح للبيع المعاطائي ، فيكون مشمولاً للعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه ، وترتب عليه أحكامه وآثاره . وقد فصلنا ذلك في الأمر الاول .

وأما القسم الثاني : - أعنى به وقوع البادلة بين التمليكين - فلا نعقل له معنى محصلاً ، بديهية أن حقيقة البيع عبارة عن إعدام إضافة مالكية عن كل من العوضين ، وإيجاد إضافة أخرى مالكية في كل منهما من دون أن يلزم منه تبديل سلطنة المالك بسلطنة أخرى لكي يحتاج ذلك الى وجود سلطنة ثالثة . وهكذا حتى يلزم منه التسلسل . وهذا بخلاف مقابلة التملك بالتمليك ، فإنها تحتاج الى وقوع المقابلة بين السلطتين ، وهو يحتاج الى سلطنة أخرى ، وهكذا الى غير النهاية . واذن فمقابلة التملك بالتمليك بعيد عن حدود البيع .

واضف الى ذلك : ان مفهوم البيع إنما هو - وانشاء تبديل عين بهوض - وقد تقدم ذلك عند البحث عن تعاريف البيع - ومن المعلوم ان التملك بنفسه من قبيل الافعال ، فلا يقع مبيعاً .

ثم ان من المستحيل نقل التملك الى غيره بدء باعطاء العين ، او بقبول ملكيتها بل لا بد في نقل التملك من انشاء آخر يتضمن ذلك ، كقوله ملكتك تملكى العين الفلانية ، او بأن يشترط التملك في ضمن عقد لازم : بأن باع داره من شخص ، واشترط في ضمن البيع ان يملكه ماله القلاني بحيث يكون متعلق الشرط نفس التملك دون المملوك .

وعلى الجملة إن الملكية الشرعية اعتبار شرعي غير قابل للتمليك ، والتمليك العقدي فعل من افعال العاقد ، وهو وإن كان قابلاً للتمليك ، الا انه غير قابل له بتمليك المال لفظاً بمثل ملكت ، او باعطاء المال فعلاً . وقد اتضح لك مما اوضحناه حكم القسم الثالث والقسم الرابع ايضاً ، وانه لا تتصور الاباحة بازاء الاباحة ، ولا الاباحة بازاء

التملك باعطاء العين وقبضها .

ثم ان المصنف قد ناقش في القسمين الآخرين - الثالث والرابع - من ناحيتين : الأولى : ان الاباحة من حيث هي اباحة لاتسوغ التصرفات المتوقفة على الملك ، الاعلى نحو التشريع . الثانية : ان الاباحة بازام التملك - التي ترجع الى عقد مركب من اباحة وتمليك - خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعاً وعرفاً ، ولاشبهة في أن صدق التجارة على هذه المعاوضة محل تأمل ، فضلاً عن صدق البيع عليها : واذن فلا تكون مشمولة لآية التجارة عن تراض ، ولا غيرها . ثم أطال الكلام حول ذلك نقضاً وبراماً ولكن قد ظهر لك مما أسلفناه انه لا موضوع لهاتين المناقشتين اصلاً وراساً . الا انه لا بأس بالتعرض لها تأسياً للمصنف (ره)

فنقول : اما المناقشة الاولى فحاصل ما ذكره فيها : ان المالك وان كان له ان يبيع التصرف في امواله لشخص آخر الا انه لا ينفذ اذنه الا في التصرفات المشروعة مع قطع النظر عن اذن المالك ، بديهية ان اذن المالك ليس مشرعاً لكي يوجب جواز التصرف في ماله للمجازله على وجه الاطلاق . وعليه فلا يجوز للمالك ان ياذن لغيره في بيع ماله لنفسه ، ~~لان البيع الا في ملك~~ بل يستحيل عقلاً صدق مفهوم البيع عليه لان مفهومه مبادلة مال بمال ، ومن الواضح انه لا يتحقق هذا المفهوم الا برفع الاضافة المالكية عن احد العوضين ووضعها على العوض الآخر . وعليه فاذا لم يدخل الثمن في ملك من خرج المثلث عنه كان ذلك خارجاً عن مفهوم البيع قطعاً . ولا يعقل صدق مفهوم البيع على ما هو خارج عنه .

نعم لا بأس بالاذن في التصرفات المتوقفة على الملك بوجود شتى :

- ١ - ان يكون غرض المبيع من قوله : اجت لك ان تبيع مالي لنفسك توكيل المباح له في نقل ماله - المبيع - الى نفسه - المباح له - ثم يبيع ذلك المال لنفسه - المباح له - أو ان المبيع يوكل المباح له في بيع ماله ، ثم نقل ثمنه الى نفسه - المباح له

او يقصد المبيع تملك ما له المباح له بقوله : أبحث لك مالي الخ بحيث تكون الاباحة بمنزلة إنشاء الهبة ، ويكون بيع المباح له بمنزلة القبول . وعليه فيكون ذلك نظير قول القائل : أعتق عبدك غني بكذا ، حيث إن القول المزبور استدعاء لتمليك المولى عبده لذلك الرجل ، واعتاق المولى عبده جواب للاستدعاء المزبور فيتحقق هنا بيع ضمني . وعليه فيكون العبد ملكاً للمستدعى آنأما ، ثم ينعقد عن قبله .

وفيه أن ما نحن فيه بعيد عن هذا الوجه بجميع شقوقه ، اذ ليس المقصود هنا ذن المالك للمباح له في نقل المال الى نفسه اولاً ، ولا في نقل الثمن اليه ثانياً ، ولا أن المالك قصد التملك بقوله : أبحث لك الخ ، ولا أن المحاطب قصد التملك عند البيع ، لكي يتحقق هنا تملك ضمني مقصود المتكلم والمحاطب بالدلالة الاقتضائية . كما كان كذلك في قضية أعتق عبدك غني .

٢ - أن يدل دائل خاص على كون مال المبيع ملكاً للمباح له بمجرد الاباحة فيستكشف من ذلك الدليل ان البيع الذي أوقفه المباح له قد وقع في ملكه ، أوقام دليل خاص على صيرورة الثمن ملكاً للمباح له ، فانه يستكشف من ذلك الدليل دخول الثمن في ملك المبيع آنأما - لكي لا يستحيل صدق مفهوم البيع عليه - ثم انتقاله من ملك المبيع الى ملك المباح له . وعليه فيكون ما نحن فيه بمنزلة شراء العمودين ، فانها يدخلان في ملك المشتري آنأما ، ثم ينعقدان عليه جمعاً بين ما دل على أنه لا ينعقد الا في ملك ، وبين ما دل على أن الانسان لا يملك عموده .

وهذا الوجه أيضاً لا يجري في المقام ، اذ لم يدلنا دليل خاص على صحة هذه الاباحة العامة . وأما دليل السلطنة فلا تزاحم الادلة الدالة على توقف بعض التصرفات على الملك - كالعتق والبيع والوطني ونحوها - بل هي حاكمة على دليل السلطنة .

والسر في ذلك : أن دليل السلطنة قد أثبت السلطنة على الاموال ، دون الاحكام ، فيكون ناظرآ الى نفوذ سلطة المالك في التصرفات التي ثبت جوازها - في

الشريعة المقدسة - مع قطع النظر عن دليل السلطنة . ومن هنا اتضح لك الفارق بين ما نحن فيه ، وبين شراء العمودين .

٣ - ما أشار إليه في آخر كلامه ، وهو أن يكون ما نحن فيه من قبيل رجوع الواهب عن هبته لكي يقع البيع في ملك الواهب . فكما أن بيع الواهب يقتضي دخول العين الموهوبة في ملكه ، كذلك أن تصرف المباح له تصرفاً يتوقف على الملك يقتضي دخول المال المباح في ملكه .

وهذا الوجه أيضاً غريب عما نحن فيه اذ لم يثبت جواز مثل هذا التصرف لكي تكشف صحته عن الملكية آناً . ملكية تحقيقية قبل تحقق ذلك التصرف . انتهى بلخص كلام المصنف .

أقول : يقع الكلام في التصرفات المتوقفة على الملك في ناحيتين :

الناحية الاولى : أنه هل تشرع هذه التصرفات لغير المالك .

لا ريب في أنها قد تكون تكوينية ، وقد تكون اعتبارية : أما التصرفات التكوينية

فلا يجوز لغير المالك وان كان صدور هاعنه بمنوان النيابة عن المالك .

وبين ذلك - أنه إذا دل دليل بالخصوص على جواز تلك التصرفات التكوينية

لغير المالك أخذ به - كوطي الجارية المملوكة الثابت جوازه بالتحليل - وإن لم يدل

دليل خاص على ذلك فلا يمكن إثباته بدليل السلطنة ، لانه ناظر الى جواز التصرفات

التي هي مشروعة للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنة وأن هذا الدليل يثبت عدم

كون المالك ممنوعاً عن تلك التصرفات . وأما التصرفات التي نشك في

مشروعيتها ، أو نعلم بعدم مشروعيتها فلا تكون مشمولة لدليل السلطنة ، لعدم كونه

مشروعاً . وعلى هذا فلو أذن المالك لأحد في التصرف في ماله تصرفاً متوقفاً على الملك

لم يمكن اثبات مشروعيته بدليل السلطنة هذا كله في التصرفات التكوينية .

أما التصرفات الاعتبارية فلا تتوقف صحتها على الملك ، بل لا تتوقف صحتها

على اذن المالك وتوكيله ، لماسياتي من الحكم بصحة العقود الفضولية التي لحقتها اجازة المالك .

نعم ربما يتوهم قيام الاجماع على بطلان العتاق الصادر من غير المالك ، سواء أكان ذلك باذن المالك ، أم كان فضولياً ، ضرورة أن اذن المالك لا يؤثر في مشروعية التصرفات المتوقفة على المالك ، وإنما يؤثر اذنه في رفع الحرمة التكليفية فقط . واذن فنزلة العتاق منزلة الطلاق . فكما أن الطلاق لا يصح من غير الزوج ، كذلك ان العتاق لا يصح من غير المالك ، الا أن يعدفعل غير المالك فعلا للمالك ، كالوكيل .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بديهية أنه ليس في المقام اجماع تعبدي ، بل من المحتمل القريب ان يكون مستند المجتهدين ما دل على عدم نفوذ العتق الا في ملك ، وسيأتي عدم ارتباطه بمقصود المستدل واذن فلا محذور في صحة العتق من غير المالك . وهذا لا يقاس بالطلاق ، لدلالة الدليل على انه لا يصح من غير الزوج ، بخلاف العتاق ، فانه لم يدل دليل على عدم صحته من غير المالك . قيل :

انه لا يصح العتاق من غير المالك ، لامن جهة الاجماع كما توهم ، بل من جهة امدل على انه لا عتق الا في ملك (١) والجواب عن ذلك :

ان سبيل ذلك سبيل ما دل على انه لا بيع الا في ملك والمراد بهما احد الامرين :
 الاول : اعتبار المالك الفعلي في صحة البيع والعتق ، فلا يصح بيع او عتق ما يملكه بعد ذلك الثاني : اعتبار الانتساب الى المالك في نفوذ البيع والعتق ، فلا ينفذ على المالك بيع الاجنبي ، وعلى كلا التقديرين فالرواية لاتنافي صحة البيع الفضولي ، ولا صحة العتق الصادر من غير المالك مستنداً الى اذن المالك والمتحصل من جميع ما بيناه هو صحة العتاق باذن المالك

الناحية الثانية : أنه اذا قلنا بجواز التصرفات المتوقفة على المالك لغير المالك فهل

ترجع نتيجتها الى المتصرف ، ام يرجع ذلك الى المالك ؟

لاريب في ان التصرفات التكوينية خارجة عن مورد بحثنا ، اذ لا يشك احد من العقلاء في ان نتيجة اي فعل يصدر من أي فاعل ترجع الى فاعل هذا الفعل ، لا الى غيره ، بديهية انه لا معنى لأن يشرب أحدهما فيرتوي غيره ، أو يأكل احد طعاما فيشبع الآخر ، أو ينام واحد فيستريح صاحبه ، أو يشتغل احد بالعلوم فيكون غيره عالماً . وهكذا سائر الافعال التكوينية .

واما التصرفات الاعتبارية - كالبيع ونحوه - فترجع نتيجتها الى المالك لا الى غيره ، لما عرفته مراراً من ان حقيقة البيع تبديل عين بعوض في جهة الاضافة ، ومقتضى ذلك هو انتقال الثمن من ملك مالـكه الى ملك مالك الثمن وبالعكس : بأن يفك البائع إضافته القائمة بالمتاع ويجعلها قائمة بالثمن ، ويفك المشتري إضافته القائمة بالثمن ، ويجعلها قائمة بالمتاع .

ومثال ذلك : أنه اذا باع زيد طعامه من بكر بدينار صار الدينار ملكاً لزيد ، ولو صار ذلك الدينار ملكاً لخالد لما صدق عليه مفهوم البيع بوجه . واذن فيستحيل ان ترجع نتيجة البيع الى غير المالك . ومن هنا اتضح لك ان قول القائل : (بع مالي لنفسك) إن رجع الى ما ذكره المصنف من الوجوه الثلاثة المتقدمة فلا بأس به والافلا مناص عن الحكم بكونه من الاغلاط .

وقد تجلّى لك مما اوضحناه حكم سائر العقود والمعاوضات التمليكية . وايضاً ظهر لك مما ذكرناه حكم شراء العمودين ؛ كما ظهر لك من ذلك وجه الالتزام فيه بالملكية الآنية التحقيقية . ووجه الظهور : أنه قد ورد في الشريعة المقدسة أن الانسان لا يملك عموده (١) وورد فيها ايضاً انه يجوز للابن أن يشتري عموده . وقد عرفت قريباً : انه يستحيل صدق مفهوم البيع على التبديل الساذج من غير أن يكون التبديل في

جهة الاضافة. ومن الواضح ان الجمع بين هذه الامور يقتضي الالتزام بدخول العمودين في ملك الابن آنا ، ثم انعقادهما عليه من غير ان يكون لهذه الملكية دوام وثبات . بل حصولها مقدمة لزوالها . واذن فالالتزام بهذه الملكية يقتضي تخصيص مادل على ان الانسان لا يملك عموديه ، ولا يمكن الالتزام بتخصيص ما ذكرناه - وهو انه لا يمكن صدق مفهوم البيع على ضده - بديهية ان الاحكام العقلية غير قابلة للتخصيص . وهذا واضح لا ريب فيه .

وقد ظهر لك من مطاوي ما ذكرناه ان الانسان يملك عموديه آنا مملكته تحقيقة للملكية تقديرية فرضية على ما اشتهر في السنة المحصلين ، لعدم ترتب الاثر على الملكية التقديرية بوجه . وعلى هذا فلا وجه للمصنف ان يفرق بين شراء العمودين . وبين بيع الواهب عبده الموهوب او عتقه . حيث التزم بالملكية الآنية التقديرية في الاول وبالملكية الحقيقية في الثاني مع انهما من وادواحد .

وقد اضح لك ايضا مما بيناه ان المراد من الجمع بين الادلة - الذي يوجب الالتزام بالملكية الآنية الحقيقية - إنما هو الجمع بين الدليل العقلي - : اعني استحالة صدق مفهوم البيع على ضده - وبين مادل على جواز شراء العمودين ، وبين مادل على ان الانسان لا يملك عموديه . وليس المراد من الجمع بين الادلة الجمع بين مادل على انه لا عتق الا في ملك وبين مادل على جواز شراء العمودين ، وبين مادل على ان الابن لا يملك عموديه ، ضرورة انه لو كان المانع عن شراء العمودين هو نفى جواز العتق الا في ملك لا مكر تخصيصه بمادل على جواز شرائهما وانعقادهما من دون ان يترتب عليه محذور لعدم استحالة العتاق في غير الملك . وهذا بخلاف ما كان المانع هو الدليل العقلي ، فانه غير قابل للتخصيص هذا كله في البيع .

واما العتاق فهل يمكن ان ترجع ذبيحته الى غير المالك ام لا بد وان ترجع الى

المالك فقط ؟

الظاهر أنه لا ريب في صحة العتق عن غير المالك ، إذ لم يرد في آية ولا في رواية ولا في معقد إجماع عدم جواز ذلك ولم يقم دليل عقلي أيضاً على أنه محالته . بل لو التزمنا - في الناحية الأولى باشتراط صدور العتق من المالك لماد على نفي جواز العتق إلا في ملك ، فإن هذا لا يكون وجهاً للالتزام بعدم الجواز هنا ، إذ المفروض أن المتصدي للعتق إنما هو المالك ، لانه بنفسه أعتق عبده عن غيره تبرعاً .

ونتيجة البحث : أن المالك إذا أعتق أحد ممالিকে عن نفسه أو عن غيره ، أو أذن لاحد أن يعتقه عن نفسه أو عن المالك أو عن ثالث كان العتاق نافذاً ، إذ لا نرى مانعاً عقلياً ولا مانعاً شرعياً عن ذلك . بل يدل على نفوذه ولزومه قوله (تعالى) أو فوا بالعقود ، إذ ليس المراد بالعقد في الآية الكريمة هو العقد المصطلح الذي يحتاج إلى الإيجاب والقبول لكي تخرج الإيقاعات عن حدودها ، بل المراد منه العقد المشدد أو مطلق العقد على ما أسلفناه في البحث عن لزوم المعاطاة . ومن الظاهر أن العقد بأحد هذين المعنيين يشمل الإيقاعات أيضاً .

وقد تبين لك مما تناولناه عليك : أنا لا نحتاج في تصحيح قول الرجل لصاحبه أعتق عبدك غني إلى ما ذكره الأصوليون من دلالاته على التملك دلالة اقتضائية - التي تتوقف عليها صحة الكلام عقلاً أو شرعاً - ووجه عدم الاحتياج إلى ذلك ما ذكرناه قريباً من أن عتق المالك عبده عن غيره بمكان من الامكان . وعليه فقول القائل لأخيه : أعتق عبدك غني محمول على استدعاء العتق التبرعي المجاني . هذا كله ما يرجع إلى بيان الكبرى الكلية في حكم التصرف في مال غيره مع إذن المالك فيه تصرفاً تكوينياً أو اعتبارياً . ثم إنه يحسن بنا أن نصرف الكلام إلى بيان انطباق تلك الضابطة على بعض الامثلة المعروفة في الألسنة : وهو قول القائل : أعتق عبدي عن نفسك . وقوله أعتق عبدك غني :

أما المثال الأول فإن رجح إلى توكيل غيره في تملك العبد ببيع ونحوه ثم عتقه

عن نفسه فانه لا يخالف القواعد الشرعية . وإن لم يرجع ذلك الى التوكيل ، بل أخذنا بظاهره ، وهو العتاق المجاني ، فان قلنا بأن العتق لا يصدر الا من المالك - وان كانت نتيجه راجعة الى غيره - كن الكلام المذكور لغواً محضاً في نظر الشارع . وإن قلنا بجواز صدور العتق من غير المالك ، مع إذن المالك في ذلك صح الكلام المزبور بظاهره بلا احتياج الى التأويل .

أمال المثال الثاني :- أعني به أعتق عبدك عني - فان رجع الى توكيل المالك في شراء عبده للمستدعي ثم عتقه عنه فلا محذور فيه بوجه . وإن أخذنا بظاهره وقلنا بجواز العتق عن غيره تبرعاً ومجاناً - سواء أسبقه الاستدعاء ، أم لم يسبقه ذلك - كان المثال المزبور صحيحاً بظاهره بلا احتياج الى التأويل ، والا فيكون لغواً محضاً .

ثم إنه بقي هنا أمران ، وبهنا التعرض لهما : الأمر الأول انه اذا قلنا بجواز العتق عن غيره فهل يجزي ذلك عن العتق الواجب - كالكفارة ونحوها - ام لا ؟

التحقيق : أنه لو قلنا بجواز العتق عن شخص آخر لم يجز ذلك عن العتق الواجب لأننا ذكرنا في مبحث التعبدى والتوصلي : أن إطلاق الأوامر المتوجهة الى المكلفين يقتضي مباشرتهم بامثالها ، ومن هنا لانسقط الواجبات العبادية - كالصوم والصلاة والحج ونحوها - عن أي مكلف بامثال غيره ، ولا يقاس ذلك بالديون المالية التي يجوز أدائها لكل أحد مجاناً ، اذ علم في الشريعة المقدسة ضرورة أنه يجوز لأي شخص أن يؤدي دين أخيه المؤمن تبرعاً ، بل هو أمر استجباني جزماً .

الأمر الثاني : أنه هل يحكم بضمان المعتق عنه للمالك إذا استدعى منه عتاق

عبده أم لا ؟

لاشبهة في عدم ضمانه بذلك إذا كان عتق المالك عبده عن غيره تبرعاً ومجاناً . وإن لم يكن قصد المالك العتق المجاني فان علم من حال المستدعي التماس العتاق مجاناً فلاشبهة في عدم الضمان أيضاً ، كما هو كذلك في موارد التسؤل ، والا فيحكم بالضمان .

ونظير ذلك قول القائل لاحد احمل هذا المتاع الى محل فلاني ، أو احلق رأسي ، أو غير ذلك ، فان الأمر في جميع هذه الموارد يضمن عمل المأثور جزئياً .

بحث في مبرات

قوله : (وعرفت أيضاً : أن الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثنى الهدى) ، أقول : بقيت هنا جهات من البحث لا بد من التعرض لها :

الجهة الاولى : أنه قد يناقش في إخراج المأخوذ بالمعاطاة في ثمن الهدى ولكن لاوجه لهذه المناقشة ، لان الهدى قد يشتري بالثمن الكلي ، ثم يعطى ذلك من مال المبيع وقد يشتري بالثمن الشخصي ، وهو مال المبيع : أما الاولى فلاشبهة في صحته ، إذ لا مانع من اداء الدين من مال شخص آخر مع اذنه في ذلك أما الثاني فلاوجه له ايضاً ، إذ لم يدلنا دليل على اعتبار كون الهدى ملكاً لمن يجب عليه .

الجهة الثانية : أنه هل يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة ؟ تارة نقول بتعلق الخمس والزكاة بالعين ، كاهو الظاهر . وأخرى تقول بتعلقها بالذمة ، وعلى كلا التقديرين يقع الكلام في ناحيتين :

الناحية الاولى : أنه هل يجوز لاحد أن يعطي الخمس أو الزكاة المتعلقين بذمة غيره أو ماله ؟

الظاهر هو عدم الجواز : أما بناء على تعلقها بالعين فواضح . أما بناء على تعلقها بالذمة فلان الاوامر ظاهرة في ثبوت المكلف به في ذمة نفس المكلف ، وعدم سقوطه عنه بامثال غيره اياه الا بدليل خاص .

ومن الظاهر ان الدليل وان دل على جواز أداء الدين الثابت في ذمة شخص

آخر الا ان شموله لما يعتبر فيه قصد القرابة غير معلوم . وأصالة الاطلاق يندفع بها
احتمال سقوطه .

الناحية الثانية : أنه هل يجوز لمن تعلق الخمس أو الزكاة بماله أو بذمته أن يؤديهما
بمال شخص آخر ؟ .

ان قلنا بتعلق الخمس او الزكاة بالعين لم يجز للمالك ان يعطيها من مال غيره ،
نعم يجوز له تبديلها بغيره من ماله فقط لدليل خاص . وان قلنا بتعلقهما بالذمة إما
ابتداء - كما ذهب اليه جمع من الاصحاب - أو قلنا بتعلقهما بالعين بدء ، ولكنهما قد
انتقلا الى الذمة بمد اتلافهما فان الظاهر انه لاشبهة في ادائهما من مال شخص آخر مع
الاذن فيه ، لامن ناحية اعتبار قصد القرابة في ذلك ولا من ناحية تعلقهما بالعين :
اما عدم الشبهة في ذلك من الناحية الاولى فلأن ما يعطي بدل الخمس والزكاة
وان كان ملكاً لغيره ، ولكن المتصدي الأداء إنما هو نفس المكلف ، فله ان يضيف
ذلك الى المولى ، ويأتي به امثالاً لامره تبارك وتعالى .

اما عدم الشبهة في ذلك من الناحية الثانية فلأن حق السادة والفقراء اذا فرضنا
تعلقه بالذمة ابتداءً أو انه انتقل الى الذمة بقاء لتلف العين كان لصاحب الذمة ان يطبقه
على اي فرد يريد .

الجهة الثالثة : انه قد ائتم المصنف - على ما هو ظاهر كلامه - بالملكية التقديرية
في دية الميت . ولعله من ناحية الجمع بين مادل على توقف الارث على الملك ، وبين مادل
على ان دية الميت للوارث .

والتحقيق : انه ان قلنا بعدم توقف ارث الدية على الملك فلا مجال للالتزام بالملك
التقديري . وان قلنا بتوقفه على الملك - كما هو مبنى كلام المصنف - فلا مناص عن
الالتزام بالملكية الحقيقية ، اذ لا يترتب اثر على الملكية الفرضية .

اقسام الاباحة المعوضة

قوله : (واما الكلام في صحة الاباحة بالعوض سواء صححنا اباحة التصرفات المتوقفة على الملك ، أم خصصنا الاباحة بغيرها) . أقول : محصل كلامه : أن البحث هنا يقع في ناحيتين :

الاولى : في صحة الاباحة بالعوض ، وقد نوقش في ذلك بانها خارجة عن المعاوضات المتعارفة المعهودة شرعاً . على أنه يتأمل في صدق عنوان التجارة عليها فضلاً عن البيع .

نعم يمكن الاستدلال على صحتها بدليل السلطنة ، ودليل وجوب الوفاء بالشرط ويمكن ان يكون ذلك نوعاً من الصلح ، لان الصلح هو التسام ، ومن الين أن مانحن فيه مصداق للتسام .

ودعوى : أن ذلك لم ينشأ بلفظ الصلح لكي يكون مصداقاً له دعوى جزافية ، إذ لم يشترط في حقيقة المصالحة إنشاؤها بلفظ الصلح . ومن هنا حمل الاصحاب ماورد في الرواية (١) قول أحد الشريكين لصاحبه : لك ما عندك ولي ما عندي على المصالحة مع أنه لم ينشأ بمادة الصلح أو التسام . ومن ذلك أيضاً ماورد (٢) في مصالحة الزوجين الناحية الثانية : أنه إذا قلنا بكون الاباحة بالعوض معاوضة مستقلة فهل يحكم بلزومها مطلقاً ، أم من طرف المباح له ، أم يحكم بجوازها مطلقاً وجوه ؟ . أقواها أولها : لعموم المؤمنون عند شروطهم ، ثم أوسطها ، لان المباح له قد أخرج ماله عن ملكه دون المبيح ، فان ماله باق على ملكه ، وأنه مسلط عليه .

(١) قد تقدمت هذه الرواية في ص ١٥٦ .

(٢) راجع الوافي ج ١٢ ص ١٤٧ .

والتحقيق : أن الاباحة بالعوض خارجة عن حدود الصلح ، بداهة أنها مغايرة لمفهوم الصلح . ومجرد انطباق مفهوم التسالم عليها لا يجعلها من مصاديق المصالحة . والا لزم إرجاع جميع العقود - حتى النكاح - الى الصلح بل الاباحة بالعوض تتصور على وجوه شتى :

١ - أن تجعل نفس الاباحة عوضاً في المعاملة : بأن يقول أحد لصاحبه : بعثك هذا الكتاب بازاء أن تبيعني كتابك الآخر وهذا لا يشبه في صحته ولزومه للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها .

ودعوى : أن الاباحة من قبيل الاعمال والافعال ، فهي لا تكون عوضاً في العقود المعاوضية دعوى جزافية لأنها ذكرنا في أول الكتاب : ان عمل الحر وإن لم يكن مبيعاً في البيع . ولكن يصح جعله عوضاً فيه . واذن فلا نعرف وجهاً صحيحاً لما ذكره المصنف من التأمل في صدق التجارة عن تراض على الاباحة المعوضة .

وأما الاستدلال على صحة ذلك بقوله (ص) : المؤمنون عند شروطهم (١) فيرد عليه أولاً : أن الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين . ومن الواضح أن الشروط الابتدائية لا يصدق عليها عنوان الشرط . فتكون خارجة عن حدود الرواية .

ثانياً : أنا لو سلمنا شمول الرواية للشروط الابتدائية . ولكن ليس المراد من الالتزام هو الالتزام الوضعي : بمعنى أن ما التزم به المؤمن لا يزول بفسخه ، بل المراد من ذلك إنما هو الالتزام التكليفي : أي يجب على كل مؤمن الوفاء بشرطه ، لانه من علائم إيمانه .

٢ - أن تكون الاباحة مشروطة بالتملك : بأن يبيع ماله لزيد على أن يملكه زيد ماله .

٣ - أن تكون الاباحة معلقة بالتملك : بأن يبيع ماله لزيد إذا ملكه زيد ماله .

٤ - أن يكون التملك عنواناً للموضوع بأن يقول : ابحت مالي هذا لمن يملكني عشرة دنانير .

٥ - أن يبيع ماله لزيد بداعي أن يملك زيد ماله إياه .

أما الوجه الثاني فإن كان الشرط فيه من قبيل شرط النتيجة فقبول المباح له ينتقل ماله إلى المبيع . وإن كان ذلك من قبيل شرط الفعل فيجب عليه التملك ، لوجوب الوفاء بالشرط .

أما الوجه الثالث فلا شبهة في أن الاباحة فيه بمنزلة الحكم وما علقته به الاباحة بمنزلة الموضوع . وعليه فإذا تحقق الموضوع - بأن ملك المباح له ماله للمبيع - تثبت الاباحة ، كترتب وجوب الحج على وجود الاستطاعة الخارجية . ومن هنا ظهر حكم الوجه الرابع أيضاً .

أما الوجه الخامس فهو خارج عن حريم الاباحة المعوضة . إذ الداعي لا يعتبر عوضاً ، ولا يضر تخلفه في المعاوضات وغيرها .

جريان المعاطة في جميع العقود والايقاعات

الأمر الخامس : هل تجري المعاطة في غير البيع من العقود والايقاعات ؟

تحقيق المقام : أنه إذا قلنا بأن مقتضى القاعدة هو انحصار العقود والايقاعات بالألفاظ لم تجر المعاطة إلا في مورد قام دليل خاص - من نص أو إجماع أو سيرة - على جريانها فيه ، وذلك لأن المعاطة حينئذ على خلاف القاعدة ، فيقتصر في مخالفتها على مورد الدليل .

وإذا قلنا بأن القاعدة تقتضي صحة إنشاء العقود والايقاعات بكل ما هو صالح لإبراز الاعتبار النفساني جرت المعاطة في جميعها إلا إذا قام دليل خاص على عدم جريانها في فرد خاص ، أو قام دليل خاص على انحصار مبرزه بشيء خاص .

ولكن الظاهر أنه لم يرد - في آية ولا في رواية ولا في معقد إجماع - انحصار المبرز في جميع العقود والاقباعات بمبرز معين ، وعليه فلا بأس بالالتزام بجريان المعاطاة في جميعها إلا ما خرج بالدليل . وإذن فيكون ماهو المنشأ بالأفعال من المعاملات مشمولاً للعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود والاقباعات ولزومها .
ثم إنه منع شيخنا الاستاذ عن جريان المعاطاة في النكاح والوصية والتدبير والضمان :
أما الوجه في عدم جريانها في النكاح فلأن الفعل فيه ملازم لضده - وهو الزنا - بل هو مصداق له حقيقة ومن البين الذي لا ريب فيه أنه لا يمكن إنشاء شيء من الأمور الانشائية بضده .

أما الوجه في عدم جريان المعاطاة في الوصية والتدبير والضمان فلأنها أمور لا تنشأ إلا بالقول ، ضرورة أنه ليس في موارد فعل يكون مصداقاً لأحد هذه العناوين المذكورة ، بدهة أن انتقال الدين من ذمة إلى ذمة - الذي هو معنى الضمان - لا يمكن أن يتحقق بأي فعل من الأفعال ، وكذلك العتق والملكية والقيومة بعد موت الموصي . انتهى ملخص كلامه .

ويتوجه عليه : أن كون الفعل ضداً للنكاح إنما هو من ناحية أن الشارع قد اعتبر في عقد النكاح مبرزاً خاصاً - وهو اللفظ - ولا ريب في أن مورد البحث في المقام إنما هو مع قطع النظر عن ذلك . وعليه فالزوجية في نفسها - مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزاً خاصاً - قابلة للإنشاء بالفعل . وعليه فيكون الفعل بنفسه مصداقاً للنكاح بالحمل الشائع .

ويضاف إلى ذلك : أننا لو سلمنا ما أفاده شيخنا الاستاذ . ولكنه مختص بالفعل الخاص ، ولا يعم كل فعل من إشارة ونحوها .

فتبانه الأمر : أنه لا تحصل الزوجية في نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل ، لأن الفعل لا يكون مصداقاً للتزويج عرفاً وفي نظر العقلاء .

أما الضمان ففعل وجه المناقشة في عدم حصوله بالمعاطاة أنه نقل المال من ذمة إلى ذمة ، فلا يتحقق بالفعل الخارجي .

ولكن يتوجه عليه : أن النقل إنما هو في عالم الاعتبار - كالتملك في البيع وغيره - والاعتبار أمر قائم بالفس ، واللفظ أو الفعل مبرز له ، ولا مانع من أن يكون الفعل مبرزاً لاعتبار الانتقال وإن كان هو الاشارة ونحوها .

أما التدبير والوصية فنشأ المناقشة فيما إنما هو حصر الانشاء المعاطاتي بالاعطاء والأخذ الخارجي ، فانه لا يعقل انشاء العناوين المذكورة بذلك ، بداهة أنهما أمران استقباليان ، فيستحيل إنشاؤهما بفعل يتحقق قبل الموت .

وعليه فكل ما يوجد في الخارج من الأفعال لا يكون مصداقاً للتدبير أو الوصية .

والجواب عن ذلك :

أن عنوان المعاطاة لم يرد في دليل خاص لكي يقتصر على تحقق التعاطي من الطرفين حفظاً لذلك العنوان ، بل إنما التزمنا بمشروعية المعاملات المعاطاتية من ناحية قيام الفعل مقام القول في إبراز الأمور النفسانية . وعلى هذا فلا يختص الانشاء الفعلي بالاعطاء والأخذ الخارجي . بل يجري ذلك في جميع ما هو قابل لابرز الاعتبار النفساني من الاشارة وغيرها ، ومن هنا يصح طلاق الأخرس بالاشارة المفهمة .

وعلى الجملة : إن القاعدة الأولية تقتضي جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات . بداهة أنها ليست إلا الاعترافات النفسانية المبرزة بمبرز خارجي فعلي أو قولي . فانه على كل حال يصدق على المنشأ عنوان العقد أو الايقاع . فيكون مشمولاً للعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود والايقاعات ، نعم ثبت اعتبار مطلق اللفظ في انشاء عقد النكاح ، واعتبار لفظ خاص في إنشاء الطلاق . وعليه فيكون ذلك تخصيصاً للقاعدة المذكورة كما لا يخفى .

وقد اتضح لك مما حققناه فساد القول بالتفصيل بين العقود والايقاعات .

بدعوى أن بعض الأفعال يصدق عليه عنوان المعاملة كالأعطاء والأخذ الخارجيين ، فإنه يصدق عليهما عنوان البيع ونحوه . وبعض الأفعال لا يصدق عليه ذلك ، كإخراج الرجل زوجته من بيته ، فإنه لا يصدق عليه عنوان الطلاق . كما اتضح لك أيضاً : أنه لا احتياج الى تطويل الكلام هنا بالنقض والابرام ، كما ارتكبه بعض مشايخنا المحققين . ثم إنه نوقش في جريان المعاطة - على القول بكونها مفيدة للملك - في الهبة ، لقيام الاجماع على أن الهبة لا تفيد الملكية إلا بالايجاب والقبول اللفظيين . وعليه فجريان المعاطة في الهبة متوقف على القول بافادة المعاطة الاباحة ، وهذا مخالف لمذهب المحقق الثني فبناء على مسلكه لا تجري المعاطة في الهبة .

ولكن هذه المناقشة واضحة الاندفاع ، بداهة أنه ليس هنا إجماع آخر غير الاجماع الذي توهم قيامه على اعتبار اللفظ في إنشاء مطلق العقود والايقاعات - كما نبه عليه السيد في حاشيته - ومن الواضح أن هذا الاجماع ليس بتمام . ثم إنه وقع الخلاف بين الاصحاب رضوان الله عليهم في جريان المعاطة في طائفة من العقود والايقاعات :

١ - القرض حيث إنه وإن كان مقتضياً ، إلا أن تأثيره مشروط بالقبض الخارجي . وعليه فلو انعقد القرض بمجرد الفعل : أعني به القبض والاقباض لزم منه اتحاد المقتضي والشرط ، وهو محال ، ضرورة أن المقتضي يفتأ الشرط في الوجود ، وإذا فرضنا اتحادهما لزم منه اجتماع الضدين . وهذا واضح لا ريب فيه .

وأضف الى ذلك : أن رتبة الشرط متأخرة عن رتبة المقتضي ، فلو فرض اتحادهما لزم منه أن يكون شيء واحد متقدماً ومتأخراً . والجواب عن ذلك :

أن الحكم الشرعي إنما يتحقق بجعل الشارع ، ويستحيل أن يؤثر فيه موجود خارجي بنحو الاقتضاء أو الاشتراط . والتعبير عن موضوع الحكم بالسبب أو الشرط اصطلاح من العلماء . وواقع الأمر أنه لاسيية ولا شرطية ، بل الحكم قد جعل على

نحو القضية الحقيقية على الموضوع المقدر وجوده بخصوصياته. المعتبرة فيه . فقد اعتبر في صحة القرض تحقق الانشاء وحصول القبض ، فقد يتعدان وجوداً وقد يتحدان . نعم الشرط العقلي - الذي هو عبارة عما تتم به فاعلية الفاعل ، أو قابلية القابل - يستحيل اتحاده مع المقتضي ، لاستلزامه ما تقدم من المحذور .

ويكشف عما ذكرناه أنه لو تمت المناقشة المذكورة لجرى مثابها في الهبة ويبيع الصرف والسلم ، مع أن وضوح تحققها بالقبض الساذج كالشمس في كبد السماء .

٢ - الرهن حيث إن المعاطاة إما تنفيذ الاباحة المجردة ، أو الملكية الجائزة ، ومن اليبين أن كليهما لا تلائم الرهان ، بداهة أن العين الرهونة وثيقة للرهن . وبديهي أن جواز الرهن ينافي الاستيثاق . والجواب عن ذلك :

أن القول بالاباحة أو الملكية الجائزة إنما هو من ناحية توهم الاجماع على أن المعاطاة لا تنفيذ الملكية أصلاً ، أو الملكية اللازمة من أول الامر ، وإلا لكانت المعاطاة شمولاً للدالة الدالة على صحة العقود والايقاعات ولزومها ومن الظاهر أن الاجماع دليل ابي ، فلا يؤخذ منه الا بالمقدار المتيقن ، وهو العقود التي تتصف بالزوم تلبية وبالجواز أخرى . واما العقود التي هي لازمة في ذاتها - كالرهن - فهي خارجة عن معقد الاجماع ، ولا أقل من الشك في ذلك . فهو كفي في إثبات مقصودنا .

والذي يدلنا على هذه النكسة القيمة : أن كلمات أغلب المجمعين ظاهرة ، بل صريحة في أن المعاطاة مفيدة للاباحة أو الملك الجائز . وليس معقد الاجماع في كلماتهم أن ماليس فيه لفظ من العقود والايقاعات فهو غير لازم . وإذن فلا بأس بجريان المعاطاة في الرهن ويكون لازماً من أول الأمر إذ لا نطمئن بدخوله في معقد الاجماع المتقدم .

ويضاف إليه : أن ذلك الاجماع ليس بحجة ، لعدم العلم بكشفه عن رأي المعصوم عليه السلام . وما هذا شأنه لا يكون دليلاً على إثبات الحكم الشرعي .

٣ - الوقف حيث إنه صدقة في سبيل الله ، فيكون لازماً ، لانه لو كان جائزاً

لا يمكن رجوعه ، وما كان لله لا يرجع ، وعليه فلا تحري في المعاطاة التي هي جائزة في نفسها .

وأكثر مما توضح جوابه مما ذكرناه في الرهن . على أنه لم يثبت كون الوقف من الاور القريبة . ويضاف الى ذلك قيام السيرة القطعية على تحقق الوقف بالمعاطاة ، إذ كثيراً ما يوقفون الأمتعة بالمعاطاة ، كالأفراس والسراج والظرف وغيرها . وقد ظهر مما ذكرناه - من جريان المعاطاة في أوقف - جريانها في العتق أيضاً . كما اتضح لك من جميع ما بيناه جريانها في كل عقد وإيقاع ، وأن الانشاء الفعلي في جميع ذلك قائم مقام الانشاء القولي ، إلا ما خرج بالدليل ، كالطلاق والنكاح .

ملزمات المعاطاة

الأمر السادس : في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك والقول بالاباحة . قد ذكرنا - في الأمر السابق وغيره - أن الانشاء الفعلي قائم مقام الانشاء القولي في جميع المعاملات ، وأن هذا الانشاء الفعلي يصلق عليه عنوان المعاطاة ، ويكون مشمولاً للعمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود والإيقاعات ولزومهما . وعليه فلا مجال للبحث عن ملزمات المعاطاة . وهذا بين لا ريب فيه .

نعم يحسن بنا البحث عن ذلك تبعاً للمصنف . وقد أسس هو (ره) أصلاً أمام البحث عن ملزمات المعاطاة ، وحاصله : أنه بناء على إفادة المعاطاة الملك فالأصل فيها الزوم ، لما أسلفناه من الوجود الثمانية الدالة على لزوم جميع العقود التي منها المعاطاة . وعلى هذا فالأصل في المعاطاة هو الزوم . أما بناء على القول بالاباحة فمقتضى الأصل فيها هو عدم الزوم ، لأنه يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته ، لأن الناس مسلطون على أموالهم

وقد يتوهم : أن الاباحة الثابتة قبل رجوع المبيح عن إباحته ثابتة بعد رجوعه ايضاً ، إذ الاصل بقاؤها على حالها .

ولكن هذا التوهم فاسد ، فإن دليل السلطنة حاكم على الاصل المذكور ويضاف الى ذلك : أن الاستصحاب لا يجري في الشبهات الحكمية .

ثم إنك قد عرفت - في البحث عن لزوم المعاطاة - أن مانظمه المصنف من الوجوه الثمانية التي استدلت بها على لزوم المعاطاة لا يتم إلا بعضه . وقد تقدم أيضاً - في الامر السابق وغيره - أن دعوى الاجماع على عدم لزوم المعاطاة - لكي يكون ذلك تخصيصاً للأدلة الدالة على لزوم المعاملات - دعوى جرافية ، لعدم العلم بوجود الاجماع التعبدي على ذلك . وعلى هذا فلاوجه للبحث عن ملزمات المعاطاة ، لأنها لازمة من أصلها . نعم بناء على ثبوت الاجماع على جوازها - كما هو مبني المصنف - فلا بد من التكلم في ملزمتها :

ولا يخفى عليك : أن الاجماع على جواز المعاطاة - على تقدير تماميته - ليس مفاده هو الجواز في زمان دون زمان حتى يقال : إنه بعد ثبوت الجواز من أول الامر لا معنى للرجوع الى العمومات وإنما الرجوع حينئذ هو استصحاب حكم المخصص . بل معقد الاجماع هو حصه خاصة من الجواز . وهي حل العقد بتراد العينين ، وهذا أمر ثابت غير محدود الى زمان . أما الجواز من دون تراد فهو لم يثبت من أول الامر . والمراد من الملزم - هنا - مالا يتمكن معه المتعاطيان من حل المعاطاة ، لانتفاع موضوع الجواز ، وهو تراد العينين .

وبذلك يظهر : أنه لاوجه لما أفاده السيد في جاشيته ، وإليك نصه بلفظه :
(لا يخفى أن هذا الاصل إنما ينفع مع قطع النظر عن الاجماع على الجواز في الجملة ، واشتراط اللزوم بالصيغة ، والمفروض في المقام إنما هو بعد اجماع المذكور . إذ الكلام في الملزمات ، والملزم فرع ثبوت الجواز . ومعها لا يتم من الوجوه الثمانية الاستصحاب

الملكية منها، إذ لا يجوز التمسك بالعمومات بعد كون المورد خارجاً عنها من
أول الأمر).

وعلى الجملة: إننا إذا قلنا بإفادة المعاطاة الملكية فلا شبهة في أصالة اللزوم مع الشك
في ارتفاع الملكية وبقائها، وإذا قلنا بإفادتها إلا بآفة فقد ذكر المصنف: أن الأصل
فيه هو الجواز.

ولكن الظاهر: أن الأصل فيه هو اللزوم وتفصيل ذلك: أنه إذا لم يتحقق في
الخارج ما يحتمل معه اللزوم فلا بأس بما ذكره المصنف من التمسك بدليل السلطنة
لأثبت جواز الرجوع لكل من المتماطين إلى ماله، إذ المفروض أنه لم يتحقق في
الخارج ما يمنع المالك عن أعمال سلطنته فيما أعطاه لصاحبه بعنوان المعاملة المعاطائية
- وإن وقع في الخارج ما يحتمل معه اللزوم - فلا يجوز التمسك بدليل السلطنة لجواز
رجوع المالك إلى ماله، لأن القدر المتيقن من الإباحة الثابتة بالاجماع والسيرة مالم
يتحقق في الخارج ما يحتمل معه اللزوم. والافتسك بالأدلة الدالة على صحة المعاطاة
ولزومها، فيحكم بترتب الملكية عليها ملكية لازمة.

وأورد شيخنا الاستاذ على المصنف بأن (ما اختاره هنا ينافي ما ذكره في الأمر
الرابع في الإباحة بالعوض من أن الأقوى اللزوم، فإن مدرك الأقوال الثلاثة جار في
مطلق ما يفيد الإباحة، سواء كان قصد المتعاطين الإباحة أو التمليك مع ترتب الإباحة
على فعلها، فإن وجه الجواز مطلقاً هو أن العقود التسلطية دائرة مدار الأذن والتسليط
. . . ووجه اللزوم مطلقاً كهاية عموم المؤمنون عند شروطهم لأثبت اللزوم . . .
ووجه التفصيل أن المباح له أخرج ماله عن ملكه، فلا دليل على إمكان إرجاعه إليه
ثانياً دون المبيح، فإنه باق على سلطنته، فإذا كان مختار المصنف اللزوم فكيف يصح
قوله: وأما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم).

ويرد عليه: أن مورد البحث في المقام إنما هو المعاطاة المقصود بها الملك وعليه

فلا وجه للتمسك بقوله (ص) : المؤمنون عند شروطهم (١) لان ماالتزم به المتعاطيان - وهو الملك - لم يتحقق في الخارج ، وماحصل في الخارج - وهو الاباحة الشرعية - لم يقصدها ، ولم يلتزمابه .

وهذا بخلاف ما أفاده المصنف في الامر الرابع ، فان كلامه هناك مسوق لبيان المعاطاة المقصود بها الاباحة المعوضة وعليه فيمكن التمسك فيها بدليل وجوب الوفاء بالشرط ، ويكون ذلك حاكماً على دليل السلطنة .

ثم ذكر المصنف (أن تلف العوضين ملزم إجماعاً على الظاهر المصرح به في بعض العباثر : أما على القول بالاباحة فواضح ، لان تلفه من مال مالكة ، ولم يحصل مايجب ضمان كل منهما مال صاحبه . وتوهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع . . . بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان ، بل ولابعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة ، ولم يرد الرجوع . إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع ، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً) .

ويرد عليه : أن هذا البيان إنما يتم على القول بكون الاباحة المترتبة على المعاطاة - المقصود بها الملك - إباحة مالكية . ولكن قد ذكرنا مراراً أنها إباحة شرعية وعليه فيجري هنا ما أفاده المصنف - عند التكلم على كلام بعض الاساطين - من الالتزام بحصول الملكية آنأما قبل التلف وانما التزم بذلك هناك من ناحية الجمع بين الادلة وإذن فاللازم عليه أن يحكم هنا بكون التلف في ملك المالك الثاني ، وكونه ضامناً بالمسمى ، بديهة أن الاجماع يقتضي عدم ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة ، إذ المفروض أن المعاطاة لم تفد الا الاباحة ، وقاعدة ضمان اليد تقتضي كون التلف من ذي اليد . وأصالة بقاء المال في ملك مالكة الاول يقتضي عدم تحقق الملكية إلا آنأما قبل التلف . وإذا حصلت الملكية فلا مناص عن الحكم بالضمان بالمسمى . وهذا واضح لا ريب فيه .

قوله : (واما على القول بالملك) . أقول : حاصل كلامه : أنه لاشبهة في ثبوت الفارق بين جواز المعاطاة ، وبين جواز البيع الخياري ، ضرورة أن متعلق الجواز في المعاطاة إنما هو العين بحيث إن لكل من المتماطين أن يسترد ما أعطاه صاحبه — نظير الجواز في الهبة المتعلقة ببرد العين الموهوبة — فإن هذا هو المتيقن من جواز المعاطاة الثابت بالاجماع ولم يثبت جواز المعاطاة على نحو جواز العقد الخياري لكي نستصحبه بعد التلف . وهذا بخلاف متعلق الجواز في البيع الخياري فإنه نفس العقد ومن هنا قد عرف غير واحد من العلماء الخيار بملك فسخ العقد ، وعلى هذا فلا موضوع لجواز التراد في المعاطاة بعد تلف العينين ، بخلاف جواز الفسخ في البيع الخياري ، فإنه باق بعد تلف العينين أيضاً ، إذ المفروض بقاء متعلقه ، وهو العقد .

ويرد عليه : أنه إن كان المراد من التراد هو التراد الخارجي فهو غير مفيد ، بديهية أن مجرد رد العين خارجاً مع بقائها في ملك الآخذ بالمعاطاة لا يترتب عليه أثر . وإن كان المراد من التراد هو أن فسخ العقد لا يكون إلا بتراد العين خارجاً ، أو بعد تحقق التراد في الخارج فهو متين . ولكنه ليس شيئاً آخر وراء تعلق الخيار بنفس العقد ، لأن الأدلة الدالة على لزوم العقود إنما تدل على لزوم كل عقد وقد قام الاجماع على أن المعاطاة المفصود بها الملك تفيد الإباحة الى زمان معين . ومن الواضح أن الاجماع دليل لبي ، فلا يؤخذ منه إلا بالمقدار المتيقن ، وهو ما إذا أمكن تراد العينين . وفي غير هذه الصورة يتمسك بعموم العام واذن فلا بد للمصنف أن يعلل لزوم المعاطاة مع تلف العينين بأن المأخوذ بالمعاطاة إنما تلف من ملك المالك الثاني ، فلا يجوز للمالك الاول أن يرجع إليه ، إذ المتيقن من جواز الرجوع إنما هو صورة الفسخ بتراد العينين وهو غير ممكن مع تلفهما .

قوله : (ومنه يعلم حكم ما لتلف احدى العينين أو بعضها على القول بالملك)
أقول : حاصل كلامه : أنه لاشبهة في لزوم العقد مع تلف احدى العينين على القول

بالمالك ، لأن جواز المعاطاة إنما يبقى مع امكان تراء العينين ، والمفروض أن أحدهما قد تلفت ، وإذن فتصير المعاطاة لازمة .

أما على القول بالاباحة فربما يتوهم أن الأصل هنا عدم اللزوم ، لأن الأصل أن سلطنة مالك العين الموجودة باقية على حالها . ولكن هذا التوهم فاسد ، إذ الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمة المالك المزبور عن مثل العين التي تلفت عنده وعن قيمته . وعليه فهذه المعارضة معارضة بالعرض ، لامعارضة بالذات . ودعوى ثبوت الضمان هنا لقاعدة الضمان باليد دعوى جزافية ، ضرورة أن اليد هنا ليست بيد ضمان ، لا قبل تلف العين ولا بعده .

نعم يمكن أن يقال : إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة ، لأن الشك في الضمان مسبب عن الشك في السلطنة ، ومن الظاهر أنه لا مجال لجريان الأصل المسبي مع جريان الأصل السبي .

وأضف الى ذلك : أن مالك العين الموجودة ضامن ببديل العين التالفة جزماً . وإنما الاختلاف في أن البديل المضمون هل هو البديل الحقيقي - : أعني به المثل أو القيمة - أو البديل المسمى - : أعني به العين الموجودة - وعليه فلا تجري هنا أصالة عدم الضمان لكي يتوهم تعارضها بأصالة بقاء السلطنة ، بديهية أن أصالة براءة الذمة مخالفة للعلم الاجمالي بالضمان . ومن البين أن العلم المذكور مانع عن جريان أصالة براءة الذمة : وإذن فتصبح أصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارض .

ويضاف الى ذلك كله : أن عموم دليل السلطنة كما يقتضى تسلط مالك العين الموجودة على ماله : بأن يأخذه من صاحبه . كذلك يقتضي تسلط مالك العين التالفة على ماله : بأن يأخذ بدله الحقيقي - من المثل أو القيمة - من الطرف الآخر . وعلى هذا فلا يختص دليل السلطنة بطرف واحد ، بل يجري ذلك في كلا الطرفين . وحينئذ فلا مجال للتمسك بالدليل الفقاهي - : أعني به استصحاب براءة الذمة عن المثل والقيمة

- مع وجود الدليل الاجتهادي - : أعني به دليل السلطنة - انتهى ملخص كلام المصنف .

وفيه مواقع للنظر والمناقشة ويتضح لك ذلك في ضمن أسئلة وأجوبتها :

١ - أن اليد الموضوعـة على المأخوذ بالمعاطاة - على القول بالاباحة - هل

توجب الضمان ؟ .

الظاهر : أن اليد هنا يضمن ، ضرورة أن المعاطاة وإن كانت مفيدة للاباحة إلا أن الأخذ والاعطاء فيها ليسا بمجانين ، بل في مقابل العوض المسمى . وعليه فإذا تلفت إحدى العينين وبقيت الأخرى كانت العين الباقية بدلا جعلياً عن العين التالفة ومن هنا قد التزم المصنف - عند البحث عن كلام بعض الاساطين - بالضمان المعاوضي في المأخوذ بالمعاطاة ، وإنما التزم بذلك من ناحية الجمع بين الأدلة وإذا لم تكن العين الباقية بدلا جعلياً عن العين التالفة وجب الخروج عن عهدها بإطء المثل أو القيمة .
نعم لا تكون اليد موجبة للضمان في موردين :

الأول : أن يسلط المالك غيره على التصرف في ماله مجاناً وبلا عوض ، فتلف المال عند المتصرف ، فإن اليد هنا ليست مضمنة ، لان المالك قد ألغى احترام ماله بتسليط غيره عليه بلا عوض . وهذا هو الحجر الأساسي للقاعدة المعروفة : وهي كل مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

الثاني : أن تكون اليد يد أمانة - سواء في ذلك الأمانة الشرعية والامانة المالكية - فإن يد الامانة لا توجب الضمان ، ضرورة أنه ليس على الأمين سبيل . ولاريب أن كلا الوجهين بعيد عما نحن فيه . وإذن فلا مناص - في المقام - عن القول بالضمان ، لقاعدة ضمان اليد .

٢ - إذا تلفت إحدى العينين وبقيت الأخرى فهل تبقى سلطنة المالك في

العين الباقية على القول بالاباحة ؟ .

لا نعقل وجهاً صحيحاً لبقاء سلطنة المالك في العين الباقية على القول بالاباحة : أما على مسلكتنا فلأن الأدلة قد دلت على صحة المعاطاة ولزومها من أول الأمر ، وقد خرجنا عن ذلك حسب الفرض - من قيام الإجماع على عدم الملكية من أول الامر - في المقدار المتيقن وهو ما إذا كانت العينان موجودتين . أما إذا تلفت أحدهما فلا إجماع على عدم الملكية في الآن المتصل بالتلف فيتمسك بتلك الأدلة ، وتثبت بها الملكية اللازمة في ذلك الآن .

أما على مسلكت المصنف فلأن الجمع بين الأدلة - على ما صرح به في جواب الشيخ كاشف الغطاء رضوان الله عليه حين ما ادعى أن القول بالاباحة يستدعي تأسيس قواعد جديدة - يقتضي الالتزام بالملكية في آن قبل تلف إحدى العينين ، وعلى كل حال فقد تلفت العين في ملك مالكها الثاني ، وانتقل ماله الى الطرف الآخر . ومع ذلك كيف يمكن أن يلتزم ببقاء سلطنته مع ارتفاع موضوعها . لولقلنا ببقاء السلطنة - في العين الموجودة - للمالك الأول لزم منه الجمع بين العوض والمعوض على مسلكتنا ومسك المصنف كليهما .

بل لزم منه الجمع بين المتنافيين ، ضرورة أن الحكم بالملكية مع تلف إحدى العينين يقتضي انقطاع سلطنة المالك الأول عن العين الموجودة ومن الواضح أن القول بشبوتها له منافع لذلك .

وقد انجلى لك مما بيناه : أنه لا وجه للقول باستصحاب سلطنة المالك الأول في العين الموجودة ، بدهاءة أن جريان الاستصحاب مشروط بأتمام الموضوع في القضية المتيقنة والقضية المشكوكة ، وإذا تلفت إحدى العينين استكشفتنا منه دخول كل من العوضين في ملك أي من المتعاطيين . وإذن فيتعهد موضوع الاستصحاب بتعدد القضية المتيقنة والقضية المشكوكة ، ومعه لا مجال للاستصحاب .

نعم إذا قطعنا النظر عن الدليل الاجتهادي كان مقتضى الأصل بقاء العين الموجودة في ملك مالكها الأول . ويترتب عليه جواز انتزاعها من يدهم هي بيده بقاعدة

السلطنة ، كما أن مقتضى الأصل بقاء العين التالفة في ملك الآخر الى زمان تلفها ،
ويترتب عليه الضمان بالمثل أو القيمة .

ولكن هذا مقطوع العدم ، لأننا نعلم بأن ذمة من تلف عنده المال غير مشغولة
بشيء مالم يطالبه الآخر وعليه فبقاء كل من المالكين في ملك مالكة الأول معلوم البطلان
واذن فلا مجال لاستصحاب السلطنة ، لافي العين الباقية . ولا في العين التالفة .
ومما ذكرناه يظهر عدم جواز التمسك لاثبات سلطنة المالك الاول على العين الباقية بقاعدة
السلطنة . وعليه فلا وجه لتمسك المصنف بها لاثبات السلطنة لكل من الطرفين ، سواء فيه
مالك العين الموجودة ومالك العين التالفة . بل لو أغضنا عما ذكرناه من الجزم بثبوت
الملكية للأخذ قبل التلف - ولو بأن - لم يمكن التمسك بقاعدة السلطنة في المقام ، لأن
التمسك بها لاثبات السلطنة لأحد المتعاطين أو لكليهما من قبيل التمسك بالعام في الشبهة
المصادقية ، فان التمسك بدليل السلطنة إنما يباح فيما إذا أحرزنا موضوع السلطنة ، وهو
المال المضاف الى المالك ، ومن المحتمل خروج المال الذي انتقل الى غيره - ببيع ونحوه -
عن حدود ذلك الموضوع بحيث صار موضوعاً لسلطنة المنقول اليه . وبديهي أنه مع الشك
في ذلك لا مجال للتمسك بدليل السلطنة . وكذلك الحال في إثبات السلطنة بدليلها في
العين التالفة . وعليه فان جرى استصحاب الملكية ترتب عليه جواز رجوع المالك بماله
وإلا لم يمكن التمسك بقاعدة السلطنة لاثبات جواز الرجوع ، لأن الشبهة مصادقية .
٣ - أن أصالة بقاء السلطنة على تقدير جريانها هل تكون حاکمة على أصالة البراءة
عن الضمان بالمثل أو القيمة ؟ .

ذهب المصنف (ره) الى ذلك . ويمكن تقرير الحكومة بوجوبين :

الأول : أن يقال إن الشك في ثبوت الضمان بالمثل وعدمه مسبب عن الشك في
بقاء سلطنة المالك الأول وعدم بقاءه ، والأصل الجاري في الشك السببي حاكم على
الأصل الجاري في الشك المسببي .

الثاني : أن يقال إن الاستصحاب الجاري في طرف يتقدم على البراءة الجارية في الطرف الآخر ، لحكومة دليل الاستصحاب على دليل البراءة ، فإذا علمنا بعدم مطابقة أحدهما للواقع - كما هو الحال في المقام - تعين العمل بالاستصحاب ، ويرتفع بذلك موضوع البراءة . وقد ذهب الى هذا جمع من المحققين . وعليه فيجري استصحاب السلطنة ، فيحكم بالضمان بالبدل الواقعي دون المسمى .

أما الوجه الأول فيرد عليه : أن ذكرنا في محله أن مجرد كون أحد الأصلين سببياً والآخر مسببياً لا يسوغ حكومة الأول للثاني ، بل لا بد في ذلك أن يكون ارتفاع الثاني أو ثبوت ضده أثراً شرعياً للأول ، ومن البديهي أن عدم البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة ليس من الآثار الشرعية لاستصحاب السلطنة لكي يترتب عليه ارتفاع أصالة البراءة عن الضمان بالبدل الواقعي . وإنما الأثر الشرعي المترتب على استصحاب السلطنة هو جواز رجوع مالك العين إليها .

ومن لوازمه العقلية ضمانه بالبدل الواقعي للعين التالفة ، ضرورة قيام القرينة الخارجية على أن مالك العين التالفة لم يعطها لمالك العين الباقية إعطاءً مجانياً ، ومن البديهي أن هذه الملازمة الخارجية لا تدل على ارتفاع الاصل المسببي بالأصل السببي إلا على القول بالأصل المثبت . وهذا واضح لا ريب فيه .

أما الوجه الثاني فيرد عليه أولاً : أن دليل الاستصحاب إنما يكون حاكماً على أصالة البراءة فيما إذا كان مجراها واحداً ، فإن الواقع حينئذ يحوز بالاستصحاب فلا يبقى مجال للرجوع الى البراءة . أما إذا تعدد المجرى فلا موجب للتقديم ، فإذا علمنا إجمالاً بوقوع نجاسة في الماء أو علمنا بكون المايح الآخر بؤلاً كان استصحاب عدم وقوع النجس في الماء معارضاً بقاعدة الطهارة في المايح الآخر ، لأن الاستصحاب يجري وثبت به نجاسة ذلك المايح ، والمقام من هذا القبيل إلا أن يلتزم بحجة الاصل المثبت ، فإنه لا مانع حينئذ من جريان الاستصحاب وحكومته على أصالة الطهارة أو أصالة البراءة .

وعليه فالعمل باستصحاب السلطنة ، وتقديمه على أصالة براءة الذمة عن الضمان منوط بحجية الأصل المثلث ، فيحكم بعدم براءة الذمة عن البديل الواقعي ، لأنه من الوازم العقلية لبقاء السلطنة .

ثانياً : أنه يمكن قلب أصالة البراءة عن الضمان بالمثل أو القيمة الى استصحاب براءة الذمة عن المثل أو القيمة فان ذمة مالك العين الموجودة لم تكن مشغولة بالبديل الواقعي للعين التالفة قبل التلف ، فالاصل عدم اشتغالها بذلك بعد التلف أيضاً . وإذن فيقع التعارض بين الاستصحابين ، وبعد ذلك يرجع الى أصالة البراءة .

وعلى الجملة لم نعقل وجهاً صحيحاً لتقديم استصحاب السلطنة في العين الموجودة على أصالة البراءة عن البديل الواقعي في العين التالفة . نعم إذا تمسكنا في المقام باستصحاب الملكية في كلا المالين الى زمان تلف أحدهما لم يبق مجال للتمسك بأصالة البراءة ، فان الحكم باشتغال ذمة الطرف الآخر بالمثل أو القيمة من الآثار الشرعية لبقاء ماتلف في يده على ملك مالكة الأول . لكن قد عرفت ما في هذا الاستصحاب آنفاً .

وقد ظهر لك مما أوضحناه : أن أدلة صحة البيع ولزومه إنما تدل على ترتب الملكية على المعاطاة من أول الأمر . غاية الأمر أنه على تقدير تحقق الاجماع لزم منه اللاتزام بالاباحة الى أن تتلف إحدى العينين . وأما مع التلف فيحكم بالملكية قبله آناماً ، لعدم الاجماع حينئذ .

ولو أغضمنا عن الأدلة الاجتهادية الآن استصحاب بقاء كل من المالين على ملك مالكة الاول قاض بضمان المثل أو القيمة ، ومعه لاتصل النوبة الى أصالة البراءة عن الضمان بالمثل والقيمة ، ولا الى استصحاب السلطنة في العين الباقية فضلاً عن جريانه في العين التالفة .

قوله : (ولو كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين فعلى القول بالملك

يملكه من في ذمته فيسقط عنه ، والظاهر انه في حكم التلف ، لان الساقط لا يعود .
 ويحتمل العود وهو ضعيف) . اقول : قد ذكرنا سابقاً - عند البحث عن النقوض
 المتوجهة على تعريف البيع ، وعند البحث عن الحق والحكم - ان كل احد مالك لذمته
 وما فيها بالملكية الذاتية التكوينية ، لا بالملكية الاعتبارية العرضية بادها انه لا معنى
 للثبوت الاعتباري في موارد الثبوت التكويني ، فان الاعتبار في أمثال الموارد لغو محض
 وتحصيل للحاصل . وعليه فاذا ملك الانسان شيئاً في ذمة غيره فقد ملكه بالملكية
 الاعتبارية ، فاذا انتقل ذلك المملوك الى المملوك عليه - وهو المديون - تبدلت
 الاضافة الاعتبارية بالاضافة التكوينية . وعليه فلا مجال للقول باستحالة ملكية الانسان
 لما في ذمته ولو كانت الملكية ملكية ذاتية . كما لا مجال لدعوى ملك الانسان لما في ذمته
 حدوثاً وسقوطه بقاء . إذ لو أمكن ملكه له ملكية اعتبارية حدوثاً أمكن ذلك بقاء أيضاً
 وعلى كل حال فالظاهر لزوم المعاطاة حينئذ من أول الامر ، وذلك للعمومات الدالة
 على لزومها . وقد خرجنا عن ذلك بالاجماع ولكننا - على تقدير تسميته - مختص بما إذا أمكن
 التراد ، وهو لا يمكن مع فرض كون أحد العوضين ديناً وبذلك يظهر أنه إذا كان أحد
 العوضين ديناً - ولو كان على ذمة غير المتعاطيين - حكم بلزوم المعاطاة من أول الأمر .

قوله : (والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالاباحة فافهم) أقول : ربما
 يتوهم من ظاهر عبارة المصنف أنه إذا كان أحد العوضين ديناً في ذمة أحد المتعاطيين
 حكم بلزوم المعاطاة على القول بالاباحة ، كما حكم بلزومها أيضاً على القول بالملك .

ولكن هذا التوهم فاسد ، بداهة أن كون الاباحة موجبة لسقوط مافي الذمه من
 الدين لا يزيد على التلف الحقيقي - على القول بالاباحة - وقد عرفت قريباً أن المصنف
 لم يلتزم باللزوم في فرض التلف الحقيقي - على القول بالاباحة - بل التزم بمریان اصالة
 السلطنة في العين الباقية والرجوع الى البديل الواقعي في العين التالفة . والمظنون قوياً
 أن غرض المصنف من تنزيل القول بالاباحة - هنا - على القول بالملك هو أن الاباحة

توجب سقوط الدين . كما أن التملك يوجب سقوطه .

وقد ناقش فيه شيخنا الاستاذ بأن (إباحة الدين على من هو عليه لا يستلزم السقوط ، لأن كون الدين مباحاً لمن عليه الدين معناه أنه تجوز له التصرف فيه باستقاطه عما في ذمته والمصلحة عليه وسائر أنحاء التصرفات الجائزة على القول بالإباحة فيرجع مالك مافي الذمة الى ملكه الذي أباحه لمن عليه ، لعموم الناس مسطوبن وسائر الأدلة) .

ثم أجاب عن هذه المناقشة بأن (الإباحة التي هي محل البحث في باب المعاطاة ليست بالمعنى الذي حملها عليه صاحب الجواهر من أن إفادة المعاطاة بالإباحة إنما هو فيما إذا كان قصد المتعاطين الإباحة ، بل المراد منها التسليط المالكى على التقريب المتقدم ، فإذا أوجدا مصداق التسليط فلا فرق بينه وبين الملك ، فكما أنه لا يعقل ان يتملك الانسان مافي ذمته فكذلك لا يمكن ان يكون مسلطاً عليه . فنتيجة التسليط ايضاً السقوط والتلف ، والتالف لا يعود) .

والصحيح ان القول بالزوم - فيما كان احد العوضين ديناً - لا يتوقف على استحالة تملك الانسان لمافي ذمته ، اوسلطته عليه ، وإلا فقد عرفت : ان مالكية الانسان لمافي ذمته . بمرتبة من الامكان ، بل هي من اعلى مراتب المالكية ، غاية الامر ان قوام هذه المالكية بالاضافة الذاتية ، لا بالاضافة الاعتبارية العرضية ، وكذلك تسلط الانسان على مافي ذمته ، فانه يمكن من الامكان ، بل القول بالزوم مبني على ما ذكرناه من ان الادلة قد دلت على صحة المعاطاة ولزومها من اول الامر ، فلو قلنا بالمالكية ، وسلمنا الاجماع على الجواز لم نقل به في المقام ، لان المتيقن من معقد الاجماع غير ما إذا كان احد العوضين ديناً ، كما أننا لو قلنا بالإباحة من جهة الاجماع على عدم المالكية بالمعاطاة كان المتيقن من معقده غير ذلك ايضاً .

فيلتزم بالمالكية ويلزومها بالمعاطاة من الاول فيما إذا كان احد العوضين ديناً

في الذمة ، لاستحالة ترداد العينين حيثئذ ، فلا يشمله الاجماع القائم على الجواز أو الاباحة .

قوله : (ولو نقل العينان أو احداها بعقد لازم الخ) أقول : إذا نقلت العينان أو احداها بعقد لازم فلا شبهة في لزوم المعاطاة ، ضرورة أن انتقال المأخوذ بالمعاطاة الى غيره كالتلف ، سواء في ذلك القول بالملك والقول بالاباحة . وعلى هذا فلوعادت العين ثانياً الى ملك الآخذ بالمعاطاة لم يثبت بذلك حق الرجوع لما اكها الأول ، لسقوطه بنقل العين الى غيره ، فعوده اليه ثانياً يحتاج الى دليل ، وهو منفي . وكذلك الحال في سائر التصرفات المتوقفة على الملك .

وقد اتضح لك مما ذكرناه انه لا فارق في لزوم المعاطاة بنقل العين الى غيره . بين أن يكون ذلك بعقد لازم وبين كونه بعقد جائز (١) .

(١) قد يتوهم : أن تعلق حق الرجوع بالمأخوذ بالمعاطاة يخرج عن كونه طلقاً ، وإذن فتبطل المعاملة على ذلك قبل لزوم المعاطاة . ولكن هذا التوهم فاسد ، لأن الخيار لم يتعلق بالعين ، بل إنما تعلق بالعقد . قيل :

إن جواز التراد كلن ثابتاً قبل التصرف ، ونشك في سقوطه بعد التصرف الناقل مع رجوع العين الى التصرف فنستصحبه . والجواب عن ذلك : أن جواز الرجوع قد سقط بنقل العين الى غيره . فلا مجال لاستصحابه . بل إنما يستصحب عدم جواز الرجوع بعد رجوع العين الى ناقله .

نعم قد وجهه بعض المحققين وإليك لفظه : (موضوع جواز التراد ما يملكه المتعاطيان ، وهذا موضوع محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ ، وإما الشك في أن تحلل النقل رافع للحكم عن موضوعه .

ولكن يتوجه عليه : أن الجواز في باب المعاطاة وإن كان متعلقاً بالعقد - كيفية الخيارات - إلا أنه ثابت بالاجماع . ومن الظاهر أن المتيقن منه إنما هو عدم تحقق =

أما تغير العين المأخوذة بالمعاطاة فهو أيضاً يوجب لزوم المعاطاة بناء على ما ذكرناه من أن القاعدة تقتضي لزوم المعاطاة من حين العقد ، فلو تم إجماع فالقدر المتيقن منه هو الجواز قبل وقوع ما يحتمل معه اللزوم ، وأما بعده فيتمسك باطلاق ما دل على اللزوم . أما على مسلك المصنف (ره) فلا تصير المعاطاة لازمة بذلك ، بديهية أن التغير لا يتوقف على الملك لكي نلتزم به من ناحية الجمع بين الأدلة ، ونحكم بلزوم المعاطاة .

قوله : (ولو باع العين ثالث فضولا) . أقول : حاصل كلامه : أنه إذا باع العين ثالث فضولا ، وقلنا بأن المعاطاة تفيد للملكية لم يبعد أن تكون إجازة المالك الأول رجوعاً كبيره وسائر تصرفاته المتوقفة على الملك ولكنه لا يخلو عن إشكال . وإن إجازته المالك الثاني لزمت المعاطاة بغير إشكال وإذا قلنا بأن للمعاطاة تفيد الإباحة انعكس الحكم إشكالا ووضوحا : بمعنى أنه تنفذ إجازة المالك بغير شبهة ، ولكن يتردد في نفوذ إجازة المباح له فإذا أجاز العقد الواقع على العين فضولا نفذت إجازته . وأن العين باقية في ملك المالك ، فإذا أجاز المباح له العقد الفضولي الواقع على العين لم تنفذ إجازته ،

= التصرفات المتوقفة على الملك . وإلا فيسقط ذلك ، فتصير المعاطاة لازمة وعليه فلا يبقى مجال للاستصحاب ، لامن ناحية التفصيل بين ما ثبت المستصحب بالدليل الالهي ، وبين غيره ، بل من ناحية عدم وجود المستصحب ، لأن موضوع جواز الفسخ هنا ليس مطلق ما يملكه العاطيان كما زعمه المحقق المذكور . بل ما يملكه المتعاطيان قبل تحقق التصرف المتوقف على الملك . وإذن فلا يبقى مجال لاستصحاب الجواز ، لانتفاع موضوعه جزماً ، سواء في ذلك القول بالإباحة والقول بالملكية . وعليه فإصالة اللزوم محكمة .

وقد تجلج لك مما أو ضحناه أنه لا فارق في سقوط الجواز وعدم عوده ثانياً بين أن يكون رجوع العين بالفسخ والاقالة ، وبين رجوعها بمعاملة جديدة أو إرث أو نحوهما . وهذا بين لا ريب فيه .

لأنه كغيره من الأجانب .

والتحقيق : أنه إذا قلنا بأن المعاطاة تفيد الاباحة ، وأجاز المالك الأول العقد الفضولي الواقع على العين كانت إجازته رجوعاً عن المعاطاة ، لأن المفروض أن العين باقية على ملكه ، والناس مسلطون على أموالهم ، فتكون إجازته للبيع الواقع على ملكه فضولاً كبيره له بنفسه ، فيكون فسحاً للمعاطاة . ومن هنا يظهر أن له رد العقد الفضولي أيضاً ، لأنه هو المالك ، فله الاجازة والرد .

وهل يكون رده - على القول بالاباحة رجوعاً - عن المعاطاة ؟ قد يقال بعدمه - نظراً الى أن رد العقد الفضولي لا يترتب عليه إلا بقاء ماله على ما كان عليه مملوكاً له . وهذا لا ينافي بإباحته للمتعاطي فتبقى الاباحة على حالها .

ولكن في هذا خلطاً بين المعاطاة المقصود بها الاباحة وبين المعاطاة المقصود بها الملكية مع ترتب الاباحة عليها بالتعبد ففيما اذا أعطى المالك ماله وقصد به الاباحة لم يكن رد العقد الواقع عليه فضولاً رجوعاً عن الاباحة بخلاف إجازته . وأما إذا أعطى ماله قاصداً به التملك فهو أجنبي عن ذلك المال في اعتباره . والاباحة الشرعية مترتبة على هذا الاعتبار حدوثاً وبقاءً فإدام هذا الاعتبار كان باقياً فهو أجنبي عن المال ، فليس له رد العقد الواقع عليه فرده يكشف بالدلالة الالتزامية عن رجوعه في المعاطاة وإرجاع مملوكه الى نفسه ، فكان الرد كلاجازة في أنه يكون رجوعاً عن المعاطاة .

وإن أجاز المباح له ذلك العقد الفضولي صارت المعاطاة لازمة . فان شأن الاجازة الصادرة منه شأن البيع الصادر منه . فكذا أن البيع توجب لزوم المعاطاة ، كذلك الاجازة .

أما إشكال المصنف (ره) في تأثير إجازته فله مبن على أن الجمع بين الأدلة - كما أفاده قدس سره - يقتضي الالتزام بالملكية آناما قبل التصرف المتوقف عليها وهذا لا يتحقق في فرض الاجازة . وإنما يتحقق في فرض بيعه بنفسه ، وذلك فان

الصحيح أن الاجازة كاشفة لاناقله . وعليه فلا بد من الالتزام بدخول المال المعطى فى ملك المباح له قبل البيع الفضولى آنأ ما ، وهذا مناف للقول بالاباحة ، كما هو المفروض نعم لو كانت الاجازة ناقله صحت اجازة المباح له كيبعه بلا إشكال .

ويندفع هذا الاشكال بما ذكرناه من أن القول بالاباحة لم يدل عليه دليل غير الاجماع المدعى على عدم تأثير المعاطاة فى الملكية . وإلا فلا طلاقات وافية بافادتها لها - كما فى العقد اللفظى - والمتيقن من الاجماع على تقدير تسليمه إنما هو ما قبل صدور القعد الفضولى المتعقب باجازته . وأما فى غيره فيتمسك بالاطلاقات ، وتثبت بذلك الملكية من حين صدور العقد ، فيصح باجازته ، وينتقل البديل اليه .

نعم لا يؤثر رده فى إبطال العقد الفضولى ، إذ المفروض أن العين باقية فى ملك مالكا . وأما المباح له فليس له إلا جواز التصرف فيها دون العقد الواقع عليها . وإن شئت قات : إن غاية ما يترتب على رد المباح له أنه لا يضاف إليه العقد الفضولى . فتكون العين باقية على حالها من عدم تصرف المباح له فيها . وهذا لا ينافى جواز تصرف المالك فيها باجازته للعقد المترتب عليها . فيكون هذا رجوعاً عن المعاملة المعاطائية هذا كله على القول بالاباحة .

أما على القول بالملك فان أجازته المالك الثانى كانت الاجازة نافذة بلا إشكال ، لانها اجازة من المالك ، ولزمت المعاطاة ، لانتقال العين الى شخص آخر . وإن رده سقط العقد الفضولى عن قابليته للاجازة منه أو من المالك الاول ، إذ المفروض أن الرد قد صدر من المالك ، فيلغو العقد الواقع على ماله ، على هو المعروف من عدم تأثير الاجازة بعد الرد .

ولكنه مع ذلك لا يخرج المعاطاة من النزول الى اللزوم ، بديهة أن رده هذا ليس إلا هدماً للعقد الفضولى ، وجعله كالعدم ، وهذا لا يلزم المعاطاة بوجه . وإن أجازته المالك الاول أورده كان ذلك فسحاً للمعاطاة ، لما عرفته قريباً من دلالة الاجازة أو الرد

على رجوعه عن عقد المعاطاة والا فهو أجنبي عن إجازة العقد الواقع على ملك غيره ورده فالإجازة أو الرد كاشفة عن الرجوع بالدلالة الاتزامية .

أما إشكال المصنف في تأثير إجازته فلعله مبني على أن فسخ المالك الاول ورجوعه عن المعاطاة إنما يؤثر من حينه ، فالمبيع يرجع اليه من حين الفسخ . وهذا لا يمكن الاتزام به هنا ، فان الإجازة إذا صحت لا بد من أن تكشف عن الملكية حال العقد ، والمفروض أنه لا يمكن الاتزام به هنا ، لفرض أنه لا موجب لرجوع المالك الى مالكه الاول غير فسخه ، وهو متأخر عن العقد الفضولي زماناً . نعم لا بأس بالاتزام بتأثير الإجازة - على القول بالنقل - إلا أنه خلاف المبني .

ويمكن دفع الاشكال أولاً : بأنه لو تم فأنما يترتب عليه عدم صحة العقد الفضولي بإجازة المالك الاول ولا يترتب عليه بقاء المعاطاة على حالها وعدم انفساخها بتلك الإجازة ، ضرورة أن الإجازة - كما عرفت - كاشفة عن رجوع المالك الاول لالمحالة ، سواء في ذلك تأثيرها في صحة العقد الفضولي وعدمه .

ثانياً : أن الكشف الذي اتزم به المصنف (ره) هو الكشف الحكمي ، دون الكشف الحقيقي ، والكشف الحكمي نقل حقيقة . وإنما يقترق عن النقل بلزوم ترتيب ماهو الممكن من آثار الملكية السابقة من حين الإجازة . وبما أنه لا يمكن ترتيب آثار الملكية السابقة - حال العقد - من حين الإجازة فلا يحكم بترتيبها . بل يحكم بترتب الملكية حال الإجازة .

ثم انه ذكر المصنف (ره) : أنه (لو رجع الاول فإجاز الثاني فان جعلنا الإجازة كاشفة لغي الرجوع . ويحتمل عدمه ، لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ . ويلغوا الإجازة . وان جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً)

والتحقيق : أن الإجازة - على القول بالكشف ويأتي في مبحث البيع الفضولي - قد تكون منزلة المعرف المحض لصحة العقد الفضولي من الاول من دون دخل لها في

صحة العقد أصلاً . وقد تكون دخيلة في تأثير الانشاء السابق : إما على سبيل الشرط المتأخر . وإما على سبيل كونه قيداً . على أن يكون المؤثر في الملكية هو الانشاء السابق المقيد بتعقب الاجازة .

وعلى المعنى الأول فيمكن الالتزام بأن الاجازة الصادرة من المالك الثاني - وإن تأخرت - تؤثر في العقد الفضولي . واما رجوع المالك الاول - وإن تقدم - فلا يؤثر في ذلك ، إذ الاجازة تكشف عن انتقال المال عن مالكه الاول الى غيره من حين العقد وحينئذ فالرجوع الصادر من المالك الأول لغو محض ، فانه رجوع بعد انتقال العين الى ثالث ، فلا موضوع له . والجواب عن ذلك :

أولاً : أن هذا المعنى للكشف وإن كان محتملاً في مقام الثبوت ، ولكن لادليل عليه في مقام الاثبات . بل الادلة الدالة على اعتبار الرضا في صحة العقد تدل على عدمه .

ثانياً : أنا لو سلمنا أن الاجازة المتأخرة معرفة لصحة العقد من دون أن يكون لها دخل فيها ، إلا أنها إنما تكون كذلك إذا صدرت من المالك الذي ينتسب إليه العقد بالاجازة ، لامن كل أحد . ومن الواضح أن رجوع المالك الاول يرفع موضوع الاجازة من المالك الثاني ، فلا تكون اجازته صادرة من المالك لكي تكون معرفه لصحة العقد من أول الامر .

وبتعبير آخر : أن الاجازة المعرفة إنما هي الاجازة التي تصدر ممن يرجع اليه أمر العين - التي وقع عليه العقد - بحيث يصح له أن يبيعها . واذ افرض أنه خرج عن دائرة اختياره بفسخ المعاطاة لم تصح الاجازة لكي تكون كاشفة . وبما ذكرناه يظهر حكم ماورد المالك الاول ، ثم أجاز المالك الثاني ، حيث ذكرنا ان الرد رجوع منه في عقد المعاطاة بالدلالة الالتزامية .

وعلى المعنى الثاني فالأمر أوضح ، بداهة أن المؤثر في تأثير الانشاء إنما هو

الاجازة اللاحقة الصادرة من المالك الثاني ، لا كل اجازة - وإن صدرت من غير المالك - وقد عرفت آنفاً أن المالك الثاني قد انقطعت علاقته عن المال المعطى له برجوع المالك الاول . وعليه فلا تؤثر اجازته في انتساب العقد اليه لكي يكون مشمولاً للعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها . واذن فالاجازة المتأخرة الصادرة من المالك الثاني لاغية .

ثم لورجع المالك الأول صريحاً أو بالدلالة الالتزامية - كما اذا أجاز العقد الفضولي أورده - وقارنته الاجازة من المالك الثاني فان قلنا بشمول الاجماع - القائم على جواز المعاطاة - لصورة رجوعه حال اجازة المالك الثاني فلا يبقى مجال لاجازة المالك الثاني . وان لم نزل بذلك كان رجوع المالك الاول - في تلك الحالة - لاغياً . هذا كله في حكم المثلث . وقد ظهر من جميع ما تلوناه عليك حكم المثلث أيضاً .

قوله : (ولو امتزجت العينان أو أحدهما سقط الرجوع على القول بالملك ، لامتناع الترادوي محتمل الشركة وهو ضعيف . أما على القول بالاباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير ، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به) . أقول :

التحقيق : أنه لا قصور في شمول العمومات - الدالة على لزوم المعاطاة المقصود بها الملك - لحل الكلام نهاية الامر انه يحكم بجوازها للاجماع . ومن البين الذي لا شك فيه أن الاجماع - على تقدير تحتمقه - دليل لبي ملابد من الاقتصار فيه على المقدار المتيقن ، وهو ما كان المأخوذ بالمعاطاة موجوداً عند الآخذ بالمعاطاة ومتميزاً عن غيره من جميع الجهات . وعليه فإذا امتزج ذلك بغيره لم نطمئن بوجود الاجماع على الجواز . واذن فلا بد من الحكم بلزوم المعاطاة في هذه الصورة . سواء في ذلك القول بالملكية والقول بالاباحة . وعلى هذا فلا وجه لما احتمله المصنف من الالتزام بالشركة على القول بالملك . كما لا وجه لاستصحاب بقاء السلطنة على القول بالاباحة .

وأضف الى ذلك قيام السيرة القطعية على عدم جواز الرجوع مع امتزاج

المأخوذ بالمعاطاة بغيره ، اذ لو أخذ أحد دهنًا من بقال - بالبيع المعاطائي - فمزجه بدهن آخر فانه لا يشك أحد في أنه ليس للأخذ ان يرده الى البائع . واحتمل أن تكون المعاطاة حينئذ لازمة من طرف المشتري وجائزة من طرف البائع بعيد غايته . هذا كله فيما اذا لم يكن المزج موجباً لصدق التلف على المال المأخوذ بالمعاطاة ، والا كان الحكم باللزوم مع الامتزاج أوضح .

وقد اتضح لك مما بيناه حكم التصرف المغير للعين ، كطحن الخنطة وفصل الثوب بل دعوى السيرة المتقدمة هنا يمكن من الوضوح . واذن فلا مجال لاستصحاب جواز التراد على القول بالملك . كما لا وجه للقول بعدم اللزوم على القول بالاباحة .

قوله : (ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت ، ويسقط بالاسقاط ابتداء أو في ضمن المعاملة . بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة . وعلى القول بالاباحة نظير الرجوع في اباحة الطعام الخ) . أقول :

لاشبهة في أن جواز الرجوع في المعاطاة جواز حكمي ، كجواز الرجوع في الهبة وكجواز الرجوع في اباحة الطعام - كما ذكره المصنف - الا أن جواز الرجوع في العقود الخيارية أيضاً من قبيل الحكم ، لما عرفت في البحث عن الحكم والحق من أنه لا فارق بينهما بحسب الواقع ، بل الفارق بينهما بحسب الاصطلاح فقط باعتبار أن أي حكم كان رفعه بيد المكلف يسمى حقاً ، وما لا يكون كذلك يسمى حكماً . والا فالحق أيضاً حكم شرعي غايته أنه يقبل الارتفاع باختيار المكلف له . ومن الظاهر أن الجواز في البيع الخياري من هذا القبيل ، بخلاف الجواز في الهبة ، والمتبع في كل مورد هو دلالة الدليل .

ثم ان الجواز في بيع المعاطاة انما ثبت لخصوص المتعاطيين ، ولا يثبت لو ارتبها والوجه في ذلك : أن العمومات الدالة على لزوم العقد تقتضي لزوم المعاطاة من أول الأمر لكونها عقداً بالحمل السابع . ولكن الاجماع - على تقدير تسليمه - قد انعقد

على جوازها . وبما أنه دليل لي فلا بد من الاخذ بالمقدار المتيقن منه . ومن المعلوم أن المقدار المتيقن من الاجماع هو ثبوت الجواز في المعاطاة مادام المتعاطيان باقيين في الحياة ولا إجماع على الجواز فيما إذا مات أحدهما أو كلاهما وإذن فتصير المعاطاة لازمة للعمومات المزبورة وعليه فلا مجال لتوهم انتقاله الى الوارث بأدلة الارث . ولا يفرق في ذلك بين القول بأن المعاطاة تفيد الملكية أو الاباحة : أما على الاول فواضح أما على الثاني فلان الاباحة الثابتة هنا ليست إباحة مالكية . وإنما هي إباحة شرعية قد ثبتت بالاجماع ، فان الكلام إنما هو في المعاطاة المقصود بها الملك . وقد انعقد الاجماع - على تقدير تسليمه - على عدم تأثيرها في الملكية ، وترتب إباحة التصرف عليها .

لكن القدر المتيقن من ذلك ثبوت الاباحة لنفس المتعاطيين ، وعدم ترتب الملك على المعاطاة في زمان حياتهما الى أن قبل موت أحدهما ، وحيث لا إجماع بعد ذلك فلرجع هي الاطراقات . وبذلك تثبت الملكية لها فينتقل المال من الميت الى وارثه . وإذن فمنزلة مانحن فيه منزلة نقل العين المأخوذة بالمعاطاة الى غيره بشيء من النوافل الاختيارية فكما أن الثاني ملزم للمعاطاة ، كذلك الاول .

وأضف الى ذلك قيام السيرة القطعية على لزوم المعاطاة بموت أحد المتعاطيين ، إذ لم نر ولم نسمع الى الان رجوع الوارث الى المأخوذ بالمعاطاة بعد موت مورثه . بل إذا أراد الرجوع الى ذلك عده الناس خارجاً عن سلك العقلاء . وكذلك الحال في رجوع الحي الى ورثة الميت فيما أخذه منه بالمعاطاة ، فالسيرة كاشفة عن انتقال المأخوذ بالمعاطاة الى وارث الميت ولزومه بلا فرق بين القول بأن المعاطاة تفيد الملك ، والقول بأنها تفيد الاباحة .

وقد تبين لك مما أوضحناه أنه لو جن أحد المتعاطيين لم يجز الرجوع الى الآخر سواء فيه القول بالملك والقول بالاباحة ، فان الدليل على جواز المعاطاة إنما هو الاجماع - على تقدير تحققه - ولا نظمتن بوجوده في هذه الصورة ، بل يرجع الى أدلة اللزوم

على كلا القولين وإذن فلا وجه صحيح لما أفاده المصنف من ثبوت حق الرجوع لولي
المجنون على كلا القولين .

مراجعة الخيارات المصطلحة في المعاطاة

الأمر السابع : في جريان الخيارات المصطلحة في المعاطاة وعدم جريانها فيها .
قد تكلمنا في ذلك اجمالاً في الامر الاول ، وأوكل المصنف - هناك - البحث عن
ذلك الى ماسيأتي ، وهنا موعده فنقول :

لا ينبغي الشك في عدم جريان الخيار ولاغيره من أحكام البيع على المعاطاة
المقصود بها الاباحة ، إذ لا صلة بين هذا القسم من المعاطاة وبين البيع بوجه لكي تجري
عليها أحكامه بل . شأن المعاطاة المقصود بها الاباحة شأن اباحة الطعام ونحوه في الضيافات
وغيرها . وهل يسوغ لأحد أن يتوهم جريان الخيارات - مثلاً - في الضيافات وأشباهها
من أقسام الاباحات ؟ .

وأيضاً لا ينبغي الشك في جريان الخيار وسائر أحكام البيع على المعاطاة المقصود
بها الملك إذا قلنا بافادتها الملك اللازم من أول الامر ، بدهاهة أنها على هذا الرأي
لا يقصر عن البيع اللفظي بشئ . فتكون موضوعاً للأحكام الجارية عليه حدو النعل بالنعل
والقذة بالقذة ، إذ لا تعرف وجباً صحيحاً لا اختصاص الاحكام المزبورة بالبيع اللفظي . وإنما
الاشكال في جريان الخيار وسائر احكام البيع على المعاطاة المقصود بها الملك إذا قلنا
بافادتها الملك الجائز أو الاباحة .

وقبل تحقيق ذلك لابد وأن يعلم أن الخيار على ثلاثة أقسام :

١ - أن يثبت فيه بالاشترط والجعل ولو من جهة اشترط فعل على أحد
المتبايعين أو اشترط صفة في أحد العوضين ، فان مرجع الاشرط في هذه الموارد الى

جعل الخيار أيضاً ، لانا لانعقل وجهاً صحيحاً لجعل الشرط في البيع إلا ثبوت الخيار فيه للمشروط له على تقدير التخلف ، بداهة أن مرجع الاشتراط إما الى توقف أصل العقد على تحقق الشرط ، أو الى توقف لزومه عليه . وعلى الاول فيلزم التعليق في العقود ، وهو مبطل للبيع إجماعاً . وعلى الثاني فلزوم العقد متوقف على الوفاء بالشرط ، والافهوا جائز . وهذا هو معنى كون العقد خيارياً .

٢ - أن يثبت الخيار في البيع بالشرط الضمني حسب ما يقتضيه بناء العقلاء والارتكاز العرفي من غير تصريح بالشرط في ضمن العقد . ومثاله : أن يشتري أحد من غيره عرضاً خاصاً بدينار مع الجهل بقيمته الواقعية فبان أنه لا يسوى الا بدرهم ، فانه لا ريب في ثبوت الخيار للمشتري ، الارتكاز القطعي ، وبناء العقلاء على اشتراط البيع بكون العوضين متساويين في المالمية وإذا تخلف ذلك ثبت للمشروط له خيار تخالف الشرط الضمني الثابت بالارتكاز .

٣ - أن يكون الخيار ثابتاً في البيع بالدليل الشرعي التعبدي بحيث يكون البيع بنفسه وعنوانه موضوعاً لذلك الخيار تعبداً من غير احتياج الى الاشتراط الصريح في متن العقد ، أو الى الارتكاز العقلاني . وذلك كخيارني الحيوان والمجلس ، فانهما ثابتان للبيع بدليل خاص تعبدي

وإذا عرفت ماتلونا عليك فاعلم أنه لاوجه للمناقشة في جريان الخيار في القسمين الاولين على المعاطاة بناء على إفادتها الملك الجائر ، فانها بيع عرفاً وشرعاً . بل لو لم تكن بيعاً أيضاً لجرى عليها الخيار في هذين القسمين ، بداهة أن دليل ثبوت الخيار في هذين القسمين غير مختص بالبيع ، بل يعم كل معاوضة وإن لم يكن بيعاً .

وقد نوقش في جريان الخيار عليها حينئذ أن أثر الخيار إنما هو جواز العقد ، ومن الواضح أن المعاطاة جائزة بالذات فلا معنى لجوازها بالعرض . وعليه فجعل الخيار في المعاطاة لغو محض ، وتحصيل للحاصل كما نوقش - أيضاً - في جريان الخيار المختص

بالبيع - كخيارى المجلس والحيوان - على المعاطاة بأن الظاهر من دليل جعل الخيار اختصاصه بمقد كان وضعه على اللزوم من غير ناحية هذا الخيار ، فلا يشمل المعاطاة ، لكونها جائزة بطبعها الاولى .

أما المناقشة الاولى فقد تقدم جوابها عند التكلم على الامر الاول ، ويأتى - أيضاً - في مبحث الخيارات .

أما المناقشة الثانية فقد تقدم جوابها - أيضاً - في الامر الاول وأضف إليه أنه إن أريد - من ظهور دليل الخيار فى الاختصاص بعقد كان مبناه على اللزوم - اللزوم عند المتعاقدين فلاشبهة فى أن المعاطاة أيضاً كذلك . وإن أريد من ذلك اللزوم عند الشارع فهو غير صحيح فى البيع اللفظى أيضاً ، إذ قد يجتمع خيار المجلس والحيوان ، وهما مع خيار آخر . وقد اتضح لك مما أو ضحناه جريان الارش هنا أيضاً ، إذ لا تصور فى شمول دليله لما نحن فيه . هذا كله على القول بافادة المعاطاة الملك .

أما على القول بافادتها الاباحة فلا مانع من ثبوت الخيار لها الذى لا يختص دليله بالبيع فقط - كما فى القسامين الاولين على ما عرفته آنفاً - إلا أن أثر ثبوت الخيار حيثئذ ليس رجوع الملك الى ماله الاول ، إذ المفروض أن المال بعد باق على ملكه . ولم ينتقل منه الى غيره ليرجع اليه بالفسخ ، بل أثره سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخ المعاملة وعدم بقائه أحد المتعاطيين على التزامه . وقد بينا ذلك فى الامر الاول .

نعم يشكل ذلك فى مقام الاثبات وإقامة الدليل ، فان دليل نفوذ الشرط يختص بالعقد المضى شرعاً . فاذا فرضنا أن الشارع لم يمس عقد المعاطاة ، وكان كل من المالىين باقياً على ملك ماله - غاية الامر أنه أباح لكل من المتعاطيين التصرف فى مال الآخر - فكيف يمكن القول بصحة الشرط الواقع فى ضمنه بدليل وجوب الوفاء بالشرط ، أو بدليل وجوب الوفاء بالعقد بماله من القيود ؟

والمتحصل : أن دليل ثبوت الخيار وإن لم يشمل جعل الخيار فى المعاطاة - بناء

على افادتها الاباحة - إلا أنه لا إشكال في إمكان ثبوته فيها : ويترتب عليه سقوط العقد عن قابليته للتأثير بفسخه .

وانما الاشكال في ثبوت الخيار الذي اختص دليله بالبيع .

قد يقال : بعدم ثبوت ذلك في المعاطاة - على القول بافادتها الاباحة - لعدم

كونها بيعاً ، بل هي معاوضة مستقلة ، كما احتمله الشهيد الثاني في المسالك .

ويرد عليه : أنها بيع عرفي . وإمضاء الشارع لها مشروط بتحقق المزم . وعليه

فهي كبيع الصرف الذي اشترط صحته بالقبض في المجلس فكما أن حصول الملكية في

بيع الصرف متأخر عن البيع ، كذلك المعاطاة . نعم فترق المعاطاة عن غيرها بجواز

تصرف كل من المتعاطيين قبل حصول الملكية ، ولا يجوز ذلك في غيرها . والفرق

بينهما إنما هو قيام الاجماع على جواز التصرف في المعاطاة . وعليه فلا مانع من ثبوت الخيار

- المختص دليله بالبيع - في المعاطاة على القول بترتب الاباحة عليها دون الملك . نعم

إن دليل خياري المجلس والحيوان لا يعم ما إذا لم يصح العقد شرعاً ، ولم يتعلق به

الامضاء خارجاً . وعليه فلا يبقى مجال لثبوت مثل هذا الخيار في المعاطاة على هذا القول

هذا كله قبل أن يتحقق شيء من الملزمات التي تقدمت .

أما بعد تحققه فمقد المعاطاة عقد صحيح يجري عليه خيار المجلس وخيار الحيوان

فانه بيع نافذ ، فيعمه دليل الخيار الثابت فيه . ويترتب على ذلك أن غاية خيار المجلس

- حينئذ - هو الاقتراق عن مجلس تحقق فيه البيع بتحقيق شيء من الملزمات ، كما أن

مبدء الثلاثة في خيار الحيوان إنما هو حين تحققه .

وبما ذكرناه يظهر جريان الخيار الثابت في القسمين الاولين - أيضاً - على

المعاطاة بعد تحقق شيء من الملزمات بل هذا أولى بالجريان ، فانها لو سلمت أنها ليست

ببيع كانت معاوضة مستقلة ، وقد رتب عليها الشارع ابتداء خلاف ما قصده المتعاطيان

الى زمان تحقق المزم . ورتب عليها ما قصده المتعاطيان بعد تحقق المزم ، ومن الظاهر

أن ذلك لا يمنع عن جريان الخيار - الذي لم يختص دليله بالبيع - عليها

العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة: هل يرجع الى المعاطاة أم لا

الامر الثامن: أنه لا ريب في تحقق المعاطاة المصطلحة - التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامه - بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الاباحه بالفعل ، وهو قبض العينين . أما إذا حصل ذلك بالقول غير الجامع للشرائط فهل يترتب عليه ما يترتب على المعاطاة ؟ .

الاقوال في المقام ثلاثة :

١ - القول برجوع ذلك الى المعاطاة .

٢ - القول برجوعه اليها إذا تعقبه القبض والاقباض .

٣ - القول بعدم رجوعه اليها ، بل يكون ذلك من البيوع الفاسدة . وقد أطل المصنف الكلام - هنا - ولكن الظاهر أنه لا يترتب ثمر مهم على هذه الاطالة .

والتحقيق : أن حقيقة كل أمر إنشائي من الاوامر والنواهي والعقود والايقاعات متقوية بالاعتبار النفساني المبرز بمظهر خارجي ، سواء أكن هذا المبرز فعلاً من الافعال الجوارحية ، أم كان قولاً . وعليه فلا وجه لتخصيص ذلك المبرز بالقول ، أو بحصة خاصة منه ، بل يعم القول والفعل كليهما . إلا أن يدل دليل خاص على اعتبار مبرز معين في صحة عقد أو ايقاع ونفوذ شرعاً ، كما هو الحال في اعتبار اللفظ في صحة عقد النكاح وفي اعتبار اللفظ الخاص في صحة الطلاق . وعلى هذا الضوء فيصح إنشاء عقد البيع وغيره بأي مبرز كان من غير أن يكون مشروطاً بصيغة خاصة فضلاً عن أن تكون هذه الصيغة مشروطة بشرط لكي يتكلم في أنه إذا وقع خلل في بعض ما يرجع الى هذه الصيغة من الشرائط هل تشمل العمومات والمطلقات الدالة على صحة ذلك

العقد ولزومه

ومع الاغضاء عن هذا المنهج الصحيح ، والالتزام باعتبار قيود معينة في صيغة البيع أو غيره فهل يحكم بفساد الصيغة مع الاخلال ببعض قيودها ، أم يحكم عليها بحكم المعاطاة ؟

التحقيق : أن ما يدل على اعتبار الصيغة الخاصة في البيع - مثلاً - قد يكون ظاهراً في اعتبارها في لزومه ، فيحكم بكون البيع بالصيغة الفاقدة لتلك الخصوصية بيعاً صحيحاً جائزاً ، إذ المفروض أن الشروط بتلك الخصوصية إنما هو لزوم العقد دون صحته ، وعليه فإن كان لدليل الاشرط إطلاق أخذ به ، ويحكم بأن العقد الفاقد لها جائز دائماً ، كسائر العقود الجائزة ومع وجود الاطلاق لاموضوع للتمسك باستصحاب الجواز ، إذ لا مجال لجريان الاصل العملي مع وجود الاصل اللفظي . وعليه فيكون الاصل في هذه المعاملة - التي هي مورد بحثنا - هو الجواز . ولا يحكم بلزومها بما يوجب لزوم المعاطاة ، لامن ناحية الجمع بين الادلة - كما هو - ومذهب المصنف - ولامن ناحية الاخذ بالمقدار المتيقن من دليل الجواز - كما هو المختار عندنا - بل المتبع هو إطلاق دليل الاشرط إلا أن يدل دليل بالخصوص على اللزوم فيما اذا كان إطلاقاً . وأما إذا لم يكن إطلاقاً في دليل الاشرط فيتمسك في غير المقدار المتيقن بعموم أدلة اللزوم في العقود ومعه - أيضاً - لوجه الرجوع الى استصحاب الجواز ، كما كان الأمر كذلك على القول بافادة المعاطاة الملكية الجائزة .

وقد يكون ما يدل على اعتبار الصيغة الخاصة ظاهراً في اعتبارها في صحة العقد ، لافي لزومه ، فيحكم بفساد العقد مع الاخلال بها ، أو بشيء من شرائطها ، وحينئذ فلا يجوز لكل من المتعاطين أن يتصرف فيما أخذه من العوض مستنداً الى هذا العقد ، سواء أحصل فيه قبض وإقباض ، أم لم يحصل فيه ذلك ، فإن شأن المقبوض بذلك شأن المقبوض بسائر العقود الفاسدة . ولا يقاس ذلك بالمعاملة المعاطائية على القول بعدم

إفادتها الملك ، فان جواز تصرف كل من المتعاطين فيما انتهل اليه إنما ثبت بالاجماع ، وبالسيرة القطعية ، ولا إجماع في محل الكلام فتحصل أن الصيغة الفاقدة للخصوصية - المعتبرة في ترتب الملكية ونفوذ المعاملة - وجودها كالأعدم ، فلا يترتب عليها إباحة التصرف أيضاً .

نعم إذا كان القبض والاقباض ، لاعلى سبيل الوفاء بالعقد الفاسد ، بل على سبيل المعاملة المعاطاتية مع قطع النظر عن العقد السابق بحيث يكون الفعل مع قطع النظر عن ذلك العقد مبرزاً للاعتبار النفساني إذا كان كذلك كان ذلك مصداقاً للبيع الماطاتي ، ويترتب عليه جميع ما يترتب على المعاطاة من الاحكام والآثار ، إذ ليس من شرائط صحة المعاملة المعاطاتية أن لا يسبقها عقد فاسد ومثل ذلك ما إذا رضي المالك بجواز التصرف في ماله غير مبني على العقد الفاسد ، فإنه يجوز التصرف فيه حينئذ . لكن الإباحة في هذا الفرض إباحة مالكية . وأما الإباحة المترتبة على المعاطاة - على القول بإفادتها ذلك - إباحة شرعية . وقد تقدم تفصيل ذلك في الأبحاث السابقة . وهذان الموردان خارجان عن دائرة حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد خروجاً تخصصياً .

وعلى الجملة : إنا إذا اعتبرنا لفظاً خاصاً في صحة البيع كان الفاقد لذلك بيعاً فاسداً ، ولا يجري عليه حكم المعاطاة . وأما فرض تحقق المعاطاة بالقبض والاقباض بعد فساد هذا العقد فهو أجنبي عن محل الكلام ، لأن ماهو صحيح لاصلة له بالعقد اللفظي وماهو عقد لفظي قد فسد من أصله . وكذلك الحال في فرض العلم برضا المالك بالتصرف لامن جهة الوفاء بالعقد الفاسد .

قوله : (ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع ، لأنه كالأذن الحاصل من شاهد الحال) . أقول : قد يناقش في المنع عن جواز التصرف مع الشك في بقاء الرضا السابق بتوهم أن استصحاب الرضا يترتب عليه جواز التصرف ما لم يعلم بارتفاعه .

ولكن تندفع هذه المناقشة بأن حرمة التصرف في مال غيره بدون إذنه ورضاه حكم انحطالي بحسب الافراد العرضية والطولية . وعليه فكل فرد من تلك الافراد محكوم بحرمة التصرف مالم يحرز فيه إذن المالك . ومن الواضح أن إسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر غير داخل في الاستصحاب . بل هو داخل في القياس .

وعلى الجملة : إن الاباحة الثابتة في محل الكلام إباحة مالكية ، وهي تدور مدار الرضا في كل فرد من الأفراد العرضية أو الطولية للتصرف ، فما حرز به رضا المالك فهو . وإلا لم يجز لعموم مدلل على عدم جوازه . وقد ظهر لك مما ذكرناه بطلان قياس المقام بما إذا شك في رجوع المالك في المعاملة المعاطاتية ، حيث إنه لا شك في جواز التصرف - حينئذ - على القول بافتائها الاباحة دون الملك تمسكاً باستصحاب عدم الرجوع ووجه الظهور : أن الاباحة الثابتة في مورد المعاملة المعاطاتية إباحة شرعية . غايتها رجوع المالك فإذا شك في تحقق الغاية استصحاب عدمه .

أما الاباحة في محل الكلام فهي إباحة مالكية التي تدور مدار رضا المالك في كل فرد من أفراد التصرف ، فإن لم يحرز في فرد لم يجز التصرف فيه ولا يمكن الحكم بجوازه مع الشك في ثبوت الجواز لفرد آخر غيره . نعم إذا كان المالك قد أذن في تصرف ما بالخصوص أو بالعموم ، وشك في بقاءه ، لاحتمال رجوعه عن إذنه صح استصحاب إذنه في جواز ذلك التصرف في ظرف الشك لكن إين ذلك من الشك في الاذن بالنسبة الى ذلك التصرف حدوداً الذي هو مورد الكلام . والى هنا وقف القلم في مبحث المعاطاة .

وبذلك قد تم الجزء الثاني من كتابنا مصباح الفقاهة في العلامات . ويتلوه الجزء الثالث إنشاء الله . الحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

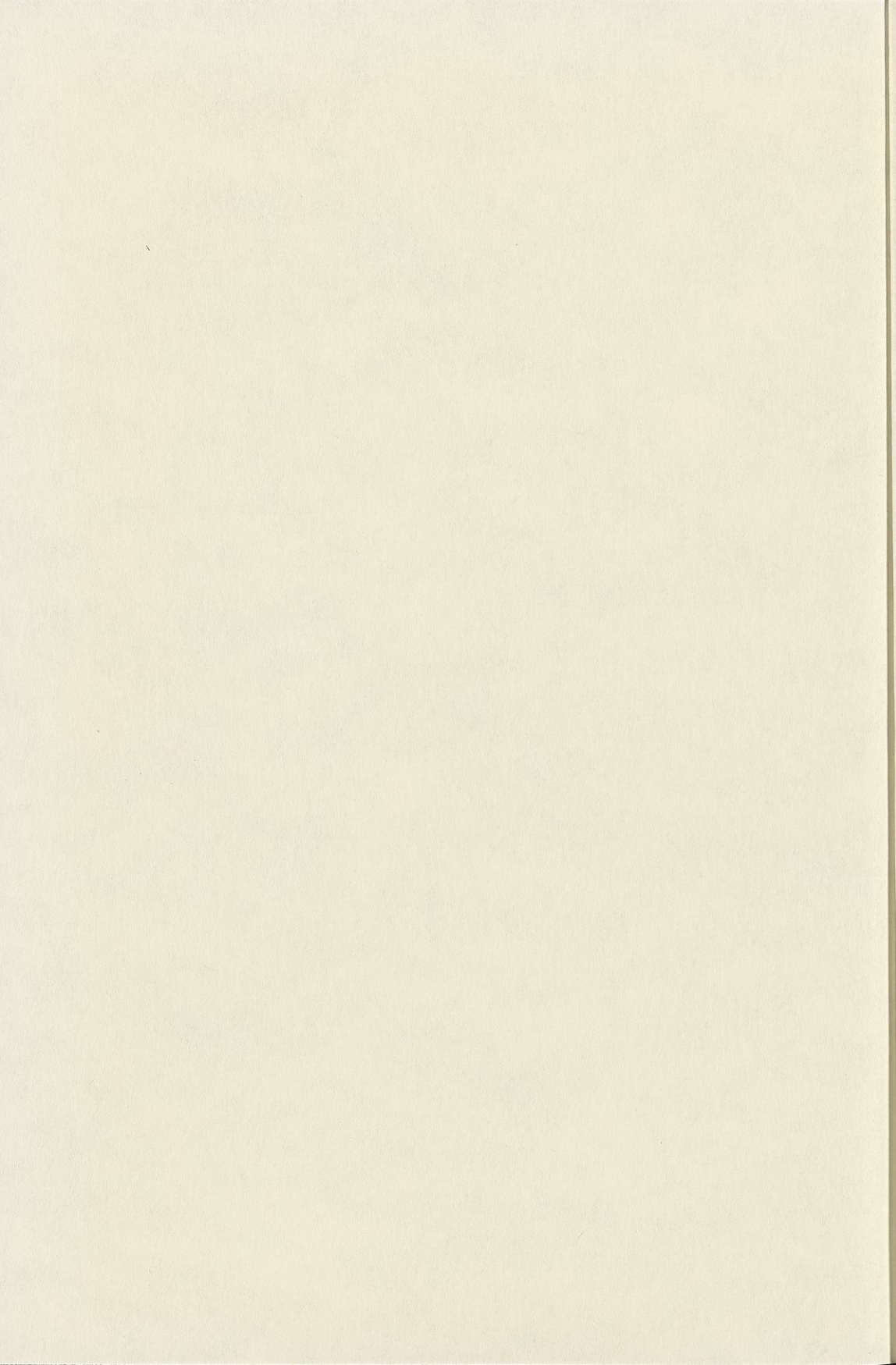
فهرس الكتاب

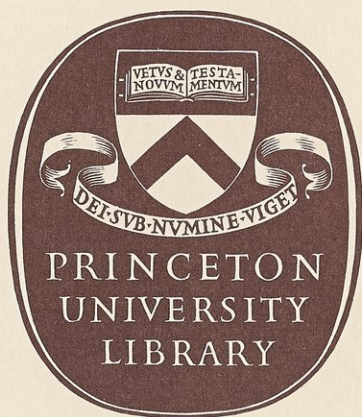
الصفحة	الوضوع
٢	التقريظ
٣	المعاملات وحكمة البحث عن حقيقتها .
٥	المال وحقيقته .
٤	الاضافة الحاصلة بين المال ومالكة ، وحقيقة هذه الاضافة وأقسامها .
٧	الضمن ووجه اختصاصه بالنقود .
١٠	البيع ووجه اختصاصه بالأعيان .
١٥	بحث استطرادي في تعريف الاجارة ومناقشته وجوابها .
١٦	نظرة في بيع الكلي في الذمة .
٢٢	البيع مبادلة شيء من الاعيان بعوض في جهة الاضافة .
٢٦	مفهوم المبادلة وعدم صدقه على البيع .
٢٧	رأي بعض مشايخنا المحققين في معنى المفاعلة وجوابه .
٢٩	الاجارة وعدم استعمالها في نقل العين .
٣١	الضمن وجواز كونه من المنافع .
٣٣	عمل الحر وجواز وقوعه ثمناً في البيع .
٣٦	نظرة في الحقوق .
٣٨	أقسام الحقوق وأحكامها .
٤٤	الملك والحق وبيان الفارق بينهما .

الموضوع	الصفحة
الحق والحكم وعدم وجود الفارق بينهما .	٤٥
المجهول الشرعي والشك في أنه حق أو حكم .	٤٨
مفهوم الانشاء وتعريفه .	٥٠
حقيقة البيع وتعريفه .	٥٢
أوهام حول تعريف البيع .	٥٧
بحث في بعض معان البيع .	٧١
ألفاظ المعاملات أسماء للأعم .	٧٩
التمسك بالاطلاق في المعاملات .	٨١
المعاطاة وحقيقتها .	٨٥
المعاطاة وبيان الأ أقوال فيها .	٨٧
الأ أقوال في المعاطاة ومداركها .	٩٠
ما استدل به على أن المعاطاة تفيد الملكية .	٩٢
كلام بعض الاساطين حول المعاطاة وجوابه .	١٠٥
الاستدلال على لزوم المعاطاة بالأصل .	١٢٣
الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل السلطنة .	١٣٥
الاستدلال على لزوم المعاطاة بحرمة التصرف في مال غيره .	١٣٧
الاستدلال على لزوم المعاطاة بأية التجارة عن تراض .	١٣٩
الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالشرط .	١٤١
الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالعقد .	١٤٢
تممة البحث عما يرجع الى لزوم المعاطاة .	١٤٣
نظرة في الاخبار المذكورة حول المعاطاة .	١٤٦

الموضوع	الصفحة
تنبهات المعاطاة - اعتبار شروط البيع فيها .	١٥٥
تجزيان الخيار في المعاطاة .	١٦١
بيان مورد المعاطاة .	١٦٥
تميز البائع عن المشتري في البيع المعاطائي .	١٧٢
أقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين .	١٧٥
بحث في جهات .	١٨٧
أقسام الاباحة المعوضة .	١٨٩
جريان المعاطاة في جميع العقود والايقاعات .	١٩١
ملزمات المعاطاة .	١٩٦
جريان الخيارات المصطلحة في المعاطاة .	٢١٩
العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة هل يرجع الى المعاطاة أم لا .	٢٢٢







Princeton University Library



32101 061871149

